

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Lee Desautel *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Attorney General of the Yukon Territory,
Peskotomuhkati Nation,
Indigenous Bar Association in Canada,
Whitecap Dakota First Nation,
Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee),
Cree Nation Government,
Okanagan Nation Alliance,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Assembly of First Nations,
Métis National Council,
Manitoba Metis Federation Inc.,
Nuchatlaht First Nation,
Congress of Aboriginal Peoples,
Lummi Nation and
Métis Nation British Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. DESAUTEL

2021 SCC 17

File No.: 38734.

2020: October 8; 2021: April 23.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Hunting — Citizen and resident of United States charged under provincial wildlife legislation with hunting in British Columbia without licence and while not

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Lee Desautel *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général du Territoire du Yukon,
Nation Peskotomuhkati,
Indigenous Bar Association in Canada,
Whitecap Dakota First Nation,
Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee),
Gouvernement de la nation crie,
Okanagan Nation Alliance,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Assemblée des Premières Nations,
Ralliement national des Métis,
Fédération Métisse du Manitoba,
Première Nation Nuchatlaht,
Congrès des peuples autochtones,
Lummi Nation et
Métis Nation British Columbia** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. DESAUTEL

2021 CSC 17

N° du greffe : 38734.

2020 : 8 octobre; 2021 : 23 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Chasse — Citoyen et résident des États-Unis accusé en application de la loi provinciale sur la faune d'avoir chassé sans permis en Colombie-Britannique alors

being resident of province — Charges defended on basis of constitutionally-protected Aboriginal right to hunt in traditional territory of ancestors — Whether Aboriginal people located outside Canada can assert Aboriginal rights under Canadian Constitution — If so, whether provincial wildlife legislation of no force or effect by reason of Aboriginal right — Constitutional Act, 1982, s. 35(1).

In October 2010, D, a citizen and resident of the United States of America, shot a cow-elk in British Columbia. He was charged with hunting without a licence contrary to s. 11(1) of British Columbia's *Wildlife Act* and hunting big game while not being a resident of the province contrary to s. 47(a) of the *Act*. D defended the charges on the basis that he had an Aboriginal right to hunt protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, as he is a member of the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes based in the State of Washington, a successor group of the Sinixt people, and he shot the elk within the ancestral territory of the Sinixt in British Columbia.

At trial, it was accepted that the date of first contact between the Sinixt and Europeans was in 1811. At that time, the Sinixt were engaged in hunting, fishing, and gathering in their ancestral territory, which extended into what is now Washington State to the south, and into what is now British Columbia to the north. Until around 1870, the Sinixt continued their activities in the northern portion of their territory, located in Canada. In the course of time, a constellation of factors made the Sinixt people move to the United States. The trial judge did not find that the move was voluntary. Until 1930, members of the Lakes Tribe continued to hunt in British Columbia, despite living in Washington State. After 1930, despite periods in which no hunting took place, the Lakes Tribe continued to have a connection to the land where their ancestors hunted in British Columbia.

The trial judge held that D was a member of the Lakes Tribe, and that the rights of the Sinixt continued with the Lakes Tribe. She applied the test for Aboriginal rights set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and held that D was exercising an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. D's Aboriginal right remained in existence and was protected by s. 35(1), despite the Lakes Tribe's departure from the Canadian part of their traditional territory and notwithstanding a period of dormancy in the exercise of the right. The trial judge

qu'il n'est pas résident de la province — Défense contre les accusations fondée sur son droit ancestral, protégé par la Constitution, de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres — Un peuple autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada peut-il faire valoir des droits ancestraux en vertu de la Constitution canadienne? — Si oui, la loi provinciale sur la faune est-elle inopérante en raison du droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

En octobre 2010, D, un citoyen et résident des États-Unis d'Amérique, a abattu un wapiti femelle en Colombie-Britannique. Il a été accusé d'avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, et d'avoir chassé le gros gibier sans être résident de la province, en contravention de l'al. 47(a) de cette loi. D s'est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser, protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'il est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l'État de Washington, un groupe successeur du peuple Sinixt, et qu'il a abattu le wapiti sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique.

Lors du procès, l'année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette sur leur territoire ancestral, qui s'étendait au sud dans ce qui est maintenant l'État de Washington, et au nord dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. Jusqu'aux alentours de 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une myriade de facteurs a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis. La juge de première instance n'a pas conclu que leur déplacement était volontaire. Jusqu'en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu'ils vivaient dans l'État de Washington. À compter de 1930, malgré les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, la Lakes Tribe a continué d'avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

La juge de première instance a conclu que D était membre de la Lakes Tribe et que les droits des Sinixt continuaient à être exercés par la Lakes Tribe. Elle a appliqué le critère applicable aux droits ancestraux énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et a conclu que D exerçait un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit ancestral de D a continué d'exister et il était protégé par le par. 35(1), malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie canadienne de son territoire traditionnel et malgré une période d'inactivité

held that the right was infringed by the *Wildlife Act* and the infringement was not justified. D was acquitted. The Crown's two subsequent appeals were dismissed. It now appeals to the Court, raising, as a constitutional question, whether the relevant provisions of the *Wildlife Act* are of no force or effect with respect to D, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Persons who are not Canadian citizens and who do not reside in Canada can exercise an Aboriginal right that is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. On a purposive interpretation of s. 35(1), the expression "aboriginal peoples of Canada" means the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact, and this may include Aboriginal groups that are now outside Canada. As D is a member of the Lakes Tribe, which is a modern successor of the Sinixt, and as D's claim satisfies the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1), ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act* are of no force or effect with respect to him.

In order to assert rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, an Aboriginal group must be part of the "aboriginal peoples of Canada". This is a threshold question, in the sense that if a group is not an Aboriginal people of Canada, there is no need to proceed to the test for Aboriginal rights set out in *Van der Peet*. Section 35(1) must be interpreted in a purposive way. A review of the jurisprudence shows that s. 35(1) serves to recognize the prior occupation of Canada by Aboriginal societies and to reconcile their contemporary existence with Crown sovereignty. These purposes are expressed in the doctrinal structure of Aboriginal law, which gives effect to rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies. Because the doctrine of Aboriginal rights arises from the simple fact of prior occupation, the Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern successors of those Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact, even if they are now outside Canada.

dans l'exercice de ce droit. Selon la juge de première instance, la *Wildlife Act* portait atteinte à ce droit, et cette atteinte n'était pas justifiée. D a été acquitté. Les deux appels subséquentement interjetés par la Couronne ont été rejetés. Cette dernière se pourvoit maintenant devant la Cour et soulève la question constitutionnelle de savoir si les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont inopérantes à l'égard de D, en raison d'un droit ancestral au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), l'expression « peuples autochtones du Canada » s'entend des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens, et il peut s'agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada. Puisque D est membre de la Lakes Tribe, qui est un successeur contemporain des Sinixt, et que la revendication de D satisfait au critère de *Van der Peet* concernant l'existence d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1), le par. 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act* sont inopérants à son égard.

Afin de faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un groupe autochtone doit faire partie des « peuples autochtones du Canada ». Il s'agit d'une question préliminaire, en ce sens que si un groupe n'est pas un peuple autochtone du Canada, il n'est pas nécessaire de passer au critère applicable aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. Le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique. Un examen de la jurisprudence démontre que le par. 35(1) sert à reconnaître l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu'à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. Puisque la doctrine des droits ancestraux découle du simple fait de l'occupation antérieure, les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens, même s'ils se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada.

An interpretation of the expression “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) that includes Aboriginal peoples who were here when the Europeans arrived and later moved or were forced to move elsewhere, or on whom international boundaries were imposed, reflects the purpose of reconciliation. By contrast, an interpretation that excludes Aboriginal peoples who were forced to move out of Canada would risk perpetuating the historical injustice suffered by Aboriginal peoples at the hands of Europeans. As well, it bears emphasis that s. 35(1) did not create Aboriginal rights. The practices, customs and traditions that underlie these rights existed before 1982. An interpretation of s. 35(1) that limits its scope to those Aboriginal peoples who were located in Canada in 1982 would fail to give effect to this point by treating s. 35(1) as the source of Aboriginal rights.

If the threshold question is met, the analysis then proceeds under *Van der Peet*. The *Van der Peet* test is the same for groups outside Canada as for groups within Canada. That Aboriginal rights must be grounded in the existence of a historic and present-day community, and that modern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely, is so for Aboriginal groups inside or outside Canada. There is no additional requirement, for groups outside Canada, of recognition by a related Aboriginal collective residing in Canada. This requirement would place a higher burden on Aboriginal communities who seek to claim rights if the group moved, was forced to move, or was divided by the creation of an international border. It would risk defining Aboriginal rights in a manner that excludes some of those the provision was intended to protect. Moreover, it would raise myriad practical difficulties, such as which group within Canada has a say in the recognition of a claimant located outside Canada, where there are competing groups, which body can represent a collective residing in Canada, and what happens if there is no related modern collective residing in Canada.

Under the *Van der Peet* analysis, courts must characterize the right claimed in light of the pleadings and evidence; determine whether the claimant has proven that

Une interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l’arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l’objectif de réconciliation. En revanche, une interprétation qui exclut les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de perpétuer l’injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des Européens. Il convient aussi de souligner que le par. 35(1) n’a pas créé les droits ancestraux. Les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

Si la question préliminaire reçoit une réponse affirmative, on procède alors à l’analyse établie dans l’arrêt *Van der Peet*. Cette analyse est la même, que le groupe concerné se trouve au Canada ou à l’extérieur du Canada. Le fait que les droits ancestraux doivent être fondés sur l’existence d’une communauté historique toujours vivante, et que les revendicateurs actuels doivent démontrer l’existence d’un lien avec le groupe antérieur à l’affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques vaut tant pour les groupes se trouvant à l’intérieur du Canada que pour les groupes autochtones se trouvant à l’extérieur du Canada. Il n’y a aucune exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada. Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s’est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d’une frontière internationale. Cela risquerait de définir les droits ancestraux d’une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger. De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d’un demandeur se trouvant à l’extérieur du Canada lorsqu’il existe des groupes concurrents, quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada, et quelles sont les conséquences de l’absence d’une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

Selon la démarche de l’arrêt *Van der Peet*, les tribunaux doivent déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué,

a relevant pre-contact practice, tradition or custom existed and was integral to the distinctive culture of the pre-contact society; and determine whether the claimed modern right is demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice. Continuity plays a role both at the second and the third stages of the *Van der Peet* analysis. At the second stage, showing that a practice is integral to the claimant's culture today, and that it has continuity with pre-contact times, can count as proof that the practice was integral to the claimant's culture pre-contact. At the third stage, the question is whether the modern practice which is claimed to be an exercise of an Aboriginal right is connected to, and reasonably seen as a continuation of, the pre-contact practice. Continuity with the pre-contact practice is required in order for the claimed activity to fall within the scope of the right. However, an unbroken chain of continuity is not required; it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. The assessment of continuity, both at the second and third stages, is a highly fact-specific exercise. The weighing of evidence in Aboriginal claims is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence, and is consequently accorded significant latitude in this regard.

In the present case, the threshold question is met. The trial judge found as a fact that the Sinixt occupied territory in what is now British Columbia at the time of European contact, and that the Lakes Tribe are a modern successor of the Sinixt. The migration of the Lakes Tribe from British Columbia to a different part of their traditional territory in Washington State did not cause the group to lose its identity or its status as a successor to the Sinixt. Accordingly, the Lakes Tribe is an Aboriginal people of Canada. Then, with respect to the *Van der Peet* test, the trial judge found, based on the evidence, that hunting for food, social and ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia at the time of contact was integral to the distinctive culture of the Sinixt. The trial judge also found that the modern-day practice of hunting in this territory, as D did, is a continuation of this pre-contact practice. Setting aside the periods in which no hunting took place, there was no significant dissimilarity between

déterminer si le demandeur a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens, et déterminer si le droit contemporain revendiqué est manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique. La continuité est pertinente tant à la deuxième qu'à la troisième étape de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*. À la deuxième étape, le fait de démontrer qu'une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu'elle s'inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact. À la troisième étape, il s'agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu'elle constitue l'exercice d'un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans la continuité de celle-ci. La continuité avec la pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l'activité alléguée d'entrer dans le champ d'application du droit. Toutefois, le concept de continuité n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite; il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. L'examen de la continuité, tant à la deuxième qu'à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. L'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve et qui possède donc une grande latitude à cet égard.

En l'espèce, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative. Le juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens, et que la Lakes Tribe est un successeur contemporain des Sinixt. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt. En conséquence, la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada. En ce qui a trait au critère de *Van der Peet*, le juge de première instance a ensuite conclu, sur la base des éléments de preuve, que la chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique au moment du contact faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sinixt. Le juge de première instance a également conclu que la pratique contemporaine de la

the pre-contact practice and the modern one. As a result, D was exercising an Aboriginal right protected by s. 35(1).

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed and the constitutional question answered in the negative. The constitutional protection of Aboriginal rights contained in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, does not extend to an Aboriginal group located outside of Canada. And even if it did, D cannot establish that he was exercising an Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as the modern group's claim lacks continuity with the pre-contact group's practices. Accordingly, D's claim must fail and he should not be exempt from the *Wildlife Act* provisions under which he was charged. A verdict of guilty should be entered on both counts of hunting without a licence and hunting big game while not being a resident, and the matter should be remitted to the trial court for sentencing.

To be entitled to the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact cannot be located anywhere other than Canada. The majority's conclusion that the constitutional protection of Aboriginal rights in s. 35(1) extends to an Aboriginal group located outside of Canada is contrary to a purposive analysis of s. 35(1), having regard to its relevant linguistic, philosophic, and historical contexts. The framers' intent was to protect the rights of Aboriginal groups that are members of, and participants in, Canadian society.

First, a textual analysis of s. 35(1) reveals the significance of the drafters' choice to include the phrase "of Canada" rather than leaving the term "aboriginal peoples" without any qualifier. On the basis of the presumption against tautology, the words "of Canada" cannot be superfluous. In addition, similar limiting language is used repeatedly in the *Constitution Act, 1982*, as a geographical qualifier. Interpreting "aboriginal peoples of Canada" in a more expansive fashion would be incongruent with the presumption of consistent expression and contrary to the intention of the drafters. Second, the philosophic

chasse sur ce territoire, telle que l'a exercée D, s'inscrit dans la continuité de la pratique précontact. Mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine. Par conséquent, D exerçait un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La juge Côté (dissidente) : Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle. La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'étend pas à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada. Et même si c'était le cas, D ne peut démontrer qu'il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l'absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Par conséquent, la revendication de D doit être rejetée et il ne devrait pas être soustrait à l'application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Il y a lieu d'inscrire un verdict de culpabilité pour les deux chefs d'accusation de chasse sans permis et de chasse du gros gibier alors que D n'était pas résident, et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine.

Pour avoir droit à la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu'au Canada. La conclusion des juges majoritaires portant que la protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) s'étend à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada va à l'encontre d'une analyse téléologique du par. 35(1), eu égard aux contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition. L'intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent.

Premièrement, une analyse textuelle du par. 35(1) révèle l'importance du choix qu'ont fait les rédacteurs d'inclure les mots « du Canada », plutôt que de ne pas qualifier l'expression « peuples autochtones ». Compte tenu de la présomption d'absence de tautologie, les mots « du Canada » ne peuvent être superflus. De plus, un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec la présomption d'uniformité

context helps explain why residence or citizenship is not referenced in s. 35(1), but is assumed. By framing s. 35(1) as a provision granting special constitutional protection to one part of Canadian society, the Court has consistently understood it to import a residency or citizenship requirement. Section 35(1)'s purpose should be understood in relation to the interests it was meant to protect, that is, Aboriginal peoples as full participants with non-Aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty. The protections, therefore, do not and cannot apply to Aboriginal groups in other countries; it cannot be said that they fully participate with other Canadians in their collective governance, nor do they contribute to Canada's national diversity. Third, the historical record does not show that expanding the protections of s. 35(1) to non-Canadian Aboriginal groups was ever considered. The limited historical sources that provide guidance as to the meaning of the expression "aboriginal peoples of Canada" show an intention to limit the constitutional protection of Aboriginal rights to only those groups located within Canada.

The conclusion that the enactment of s. 35(1) did not constitutionalize Aboriginal rights held by collectives located outside of Canada is further bolstered by the deleterious consequences that would arise from the opposite conclusion. First, s. 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, uses the phrase "aboriginal peoples of Canada" in setting out an obligation to invite representatives of these groups to constitutional conferences. It would be contrary to the organizing constitutional principle of democracy and inconsistent with the purpose of patriation to allow Aboriginal groups located outside of Canada to participate in Canadian democracy as required by s. 35.1. Second, a multitude of challenges would arise with respect to the Crown's duty to consult. The numbers of groups to consult and, where appropriate, accommodate, would dramatically increase, and it can be anticipated that in some cases accommodating the interests of s. 35(1) rights holders outside of Canada would run counter to accommodating the interests of s. 35(1) rights holders within Canada. Third, finding that Aboriginal groups outside of Canada are "aboriginal peoples of Canada" raises the possibility that these groups may, in principle, hold constitutionally protected Aboriginal title to Canadian lands. It would be a remarkable proposition that a foreign group could hold constitutionally protected title to Canadian territory. The

d'expression et irait à l'encontre de l'intention des rédacteurs. Deuxièmement, le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées au par. 35(1), mais plutôt tenues pour acquises. En considérant que le par. 35(1) accorde une protection constitutionnelle spéciale à un segment de la société canadienne, la Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. L'objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction des intérêts qu'il vise à protéger, soit les peuples autochtones en tant que participants à part entière, avec les non-Autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Ainsi, les protections ne s'appliquent pas et ne peuvent s'appliquer aux groupes autochtones d'autres pays; on ne saurait affirmer que ces groupes participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective ni qu'ils contribuent à la diversité nationale du Canada. Troisièmement, les sources historiques ne démontrent pas qu'il ait été question à quelque moment que ce soit d'étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. Les quelques sources qui donnent des indications sur le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

La conclusion selon laquelle l'édiction du par. 35(1) n'a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l'extérieur du Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu'entraînerait la conclusion contraire. D'abord, l'art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l'expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l'obligation d'inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles. Permettre aux groupes autochtones de l'extérieur du Canada de participer à la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, serait contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement. Ensuite, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Troisièmement, conclure que les groupes autochtones hors du Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral

drafters of s. 35(1) could not have intended these deleterious consequences to arise.

In the present case, the Lakes Tribe is wholly located in the United States. As D is not a member of a collective that is part of the “aboriginal peoples of Canada”, he cannot exercise a constitutionally-protected Aboriginal right to hunt in British Columbia. And even if there were agreement with the majority’s conclusion that the phrase “aboriginal peoples of Canada” includes groups located outside of Canada, there is disagreement with its application of the *Van der Peet* test to D’s claim. This test protects only those present-day practices that have a reasonable degree of continuity with practices that existed prior to contact. While the test does not require an unbroken chain of continuity, and while continuity must be interpreted flexibly, such flexibility has its limits. While temporal gaps do not necessarily preclude the establishment of an Aboriginal right, failing to tender sufficient evidence that, at least, a connection to the historical practice was maintained during such gaps may be fatal. There is no direct evidence that the Lakes Tribe engaged in anything that could be considered a modern-day practice of hunting in British Columbia after 1930. There was no basis upon which the trial judge could have drawn an inference of continuity; and given the Lakes Tribe’s lengthy and unaccounted-for absence from British Columbia between 1930 and 2010, continuity is not made out. As there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection could attach, D’s claim must fail.

Per Moldaver J. (dissenting): Even assuming that the majority is correct in holding that, as a member of an Aboriginal collective located outside Canada, D is entitled to claim the constitutional protection provided by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, there is agreement with Côté J. that in this case, D has not met the onus of establishing the continuity element of his claim, under the test for Aboriginal rights pursuant to *Van der Peet*. The appeal should therefore be allowed on that basis and the remedy set out by Côté J. should be imposed.

protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Il serait étonnant qu’un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien. Les rédacteurs du par. 35(1) n’auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes.

En l’espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement aux États-Unis. Puisque D n’appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser en Colombie-Britannique. Et même s’il était souscrit à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l’expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l’extérieur du Canada, il y a désaccord quant à son application du test de l’arrêt *Van der Peet* à la revendication présentée par D. Ce test ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens. Bien que le test n’impose pas une continuité parfaite, et bien que la continuité doive être interprétée avec souplesse, une telle souplesse a ses limites. Bien que des hiatus temporels n’empêchent pas forcément l’établissement d’un droit ancestral, le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer, à tout le moins, qu’un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Il n’existe aucune preuve directe que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse en Colombie-Britannique après 1930. Rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité; et étant donné l’absence prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n’est pas établie. Comme il n’y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de D doit être rejetée.

Le juge Moldaver (dissent) : Même à supposer que les juges majoritaires aient raison de statuer qu’en tant que membre d’une communauté autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada, D peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y a accord avec la juge Côté pour dire qu’en l’espèce, D ne s’est pas acquitté du fardeau d’établir l’élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l’arrêt *Van der Peet*. Il y a donc lieu d’accueillir le pourvoi pour ce motif et d’imposer la mesure de redressement décrite par la juge Côté.

Cases Cited

By Rowe J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **distinguished:** *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; **referred to:** *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *R. v. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585; *R. v. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Hwiltsum First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91; *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Native Council of Nova Scotia v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile*,

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; **arrêts mentionnés :** *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 R.C.S. 434; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Hwiltsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Native Council of Nova Scotia c. Canada (Attorney General)*, 2008 CAF 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas*

Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

By Côté J. (dissenting)

Mitchell v. M.N.R., 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386.

By Moldaver J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 25.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 3, 6, 16, 20, 21, 23, 32, 35, 35.1, 36, 37, 37.1.

of Scugog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Mitchell c. M.R.N., 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 25.
Game Protection Amendment Act, 1896, S.B.C., c. 22.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Game Protection Amendment Act, 1896, S.B.C., c. 22.
Natural Resources Transfer Agreement (Alberta) [Schedule 2 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 10 and 12.
Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba) [Schedule 1 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 11 and 13.
Natural Resources Transfer Agreement (Saskatchewan) [Schedule 3 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 10 and 12.
Royal Proclamation, 1763 (G.B.), 3 Geo. 3 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1].
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 11(1), 47(a).

Treaties and Agreements

Carcross/Tagish First Nation Final Agreement (2005), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement (1992), vol. 1, c. 4.
 Kluane First Nation Final Agreement (2003), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Kwanlin Dun First Nation Final Agreement (2004), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Little Salmon/Carmacks First Nation Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (1993), vol. 1, c. 4.
 Selkirk First Nation Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Ta'an Kwach'an Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Teslin Tlingit Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Tr'ondëk Hwëch'in Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.
 Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.

Authors Cited

Borrows, John. "Creating an Indigenous Legal Community" (2005), 50 *McGill L.J.* 153.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*,

Loi constitutionnelle de 1982, art. 3, 6, 16, 20, 21, 23, 32, 35, 35.1, 36, 37, 37.1.
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) [annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n^o 26], par. 10 et 12.
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba) [annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n^o 26], par. 11 et 13.
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan) [annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n^o 26], par. 10 et 12.
Proclamation royale (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 1].
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, c. 488, art. 11(1), 47(a).

Traités et ententes

Entente définitive de la Première Nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première Nation de Selkirk (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première nation de Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première Nation des Kwanlin Dun (2004), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive de la Première Nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive des Premières Nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an (2001), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.
 Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.
 Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in (1992), vol. 1, c. 4.

Doctrine et autres documents cités

Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples*

- vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 3, 1st Sess., 32nd Parl., November 12, 1980, p. 84.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 4, 1st Sess., 32nd Parl., November 13, 1980, p. 13.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 12, 1st Sess., 32nd Parl., November 25, 1980, p. 60.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 16, 1st Sess., 32nd Parl., December 1, 1980, p. 13.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 17, 1st Sess., 32nd Parl., December 2, 1980, p. 97.
- Chartrand, Paul L. A. H. “Background”, in Paul L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*. Saskatoon: Purich Publishing, 2002, 27.
- Dionne, Paul. “La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux: négociier ou s’adresser au juge?”, dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*. Québec: Presses de l’Université Laval, 2005, 71.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*. Translated by Jodi Lazare. Toronto: Carswell, 2013.
- Groves, Robert K. “The Curious Instance of the Irregular Band: A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy” (2007), 70 *Sask. L.R.* 153.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2007 (updated 2019, release 1).
- McNeil, Kent. “Continuity of Aboriginal Rights”, in Kerry Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions*. Saskatoon: Purich Publishing, 2004, 127.
- Ogden, Richard. “‘Existing’ Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 88 *Can. Bar Rev.* 51.
- autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, Ottawa, La Commission, 1996.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 novembre 1980, p. 84.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 4, 1^{re} sess., 32^e lég., 13 novembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 12, 1^{re} sess., 32^e lég., 25 novembre 1980, p. 60.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 16, 1^{re} sess., 32^e lég., 1^{er} décembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 17, 1^{re} sess., 32^e lég., 2 décembre 1980, p. 97.
- Chartrand, Paul L. A. H. « Background », in Paul L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002, 27.
- Dionne, Paul. « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négociier ou s’adresser au juge? », dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2002, 71.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*. Translated by Jodi Lazare, Toronto, Carswell, 2013.
- Groves, Robert K. « The Curious Instance of the Irregular Band : A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy » (2007), 70 *Sask. L.R.* 153.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2007 (updated 2019, release 1).
- McNeil, Kent. « Continuity of Aboriginal Rights », in Kerry Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, 127.
- Ogden, Richard. « “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *R. du B. can.* 51.

Olthuis, Brent. “The Constitution’s Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 54 *McGill L.J.* 1.

Otis, Ghislain. “Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?” (2005), 46 *C. de D.* 795.

Romanow, Roy. “Aboriginal Rights in the Constitutional Process”, in Menno Boldt and J. Anthony Long, eds., in association with Leroy Little Bear, *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1985, 73.

Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434.

Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases, vol. 2, *F-O*, 10th ed. by Daniel Greenberg. London: Thomson Reuters, 2020, “of”.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Walters, Mark D. “The ‘Golden Thread’ of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982*” (1999), 44 *McGill L.J.* 711.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Willcock and Fitch JJ.A.), 2019 BCCA 151, [2020] 2 W.W.R. 191, [2019] 4 C.N.L.R. 217, 24 B.C.L.R. (6th) 48, 433 D.L.R. (4th) 544, [2019] B.C.J. No. 755 (QL), 2019 CarswellBC 1146 (WL Can.), affirming a decision of Sewell J., 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, [2017] B.C.J. No. 2665 (QL), 2017 CarswellBC 3648 (WL Can.), affirming the acquittals entered by Mrozinski Prov. Ct. J., 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, [2017] B.C.J. No. 558 (QL), 2017 CarswellBC 769 (WL Can.). Appeal dismissed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Glen R. Thompson and Heather Cochran, for the appellant.

Mark G. Underhill and Kate R. Phipps, for the respondent.

Christopher Rupar, for the intervener the Attorney General of Canada.

Manizeh Fancy, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Olthuis, Brent. « The Constitution’s Peoples : Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 54 *R.D. McGill* 1.

Otis, Ghislain. « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795.

Romanow, Roy. « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », in Menno Boldt and J. Anthony Long, eds., in association with Leroy Little Bear, *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 73.

Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434.

Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases, vol. 2, *F-O*, 10th ed. by Daniel Greenberg, London, Thomson Reuters, 2020, « of ».

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Walters, Mark D. « The “Golden Thread” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Willcock et Fitch), 2019 BCCA 151, [2020] 2 W.W.R. 191, [2019] 4 C.N.L.R. 217, 24 B.C.L.R. (6th) 48, 433 D.L.R. (4th) 544, [2019] B.C.J. No. 755 (QL), 2019 CarswellBC 1146 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Sewell, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, [2017] B.C.J. No. 2665 (QL), 2017 CarswellBC 3648 (WL Can.), qui a confirmé les acquittements prononcés par la juge Mrozinski de la Cour provinciale, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, [2017] B.C.J. No. 558 (QL), 2017 CarswellBC 769 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Glen R. Thompson et Heather Cochran, pour l’appelante.

Mark G. Underhill et Kate R. Phipps, pour l’intimé.

Christopher Rupar, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Manizeh Fancy, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Tania Clercq, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Rachelle Standing, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Angela Edgington, for the intervener Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Elaine Cairns* and *Katie Mercier*, for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory.

Paul Williams, for the intervener the Peskotomuhkati Nation.

Bruce McIvor, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

Maxime Faille, for the intervener the Whitecap Dakota First Nation.

Jessica Orkin, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

Rosanne Kyle, for the intervener the Okanagan Nation Alliance.

Francis Walsh, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Julie McGregor, for the intervener the Assembly of First Nations.

Kathy L. Hodgson-Smith, for the interveners the Métis National Council and the Manitoba Metis Federation Inc.

Jack Woodward, Q.C., for the intervener the Nuchatlaht First Nation.

Andrew Lokan, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Tania Clercq, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rachelle Standing, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Angela Edgington, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elaine Cairns* et *Katie Mercier*, pour l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon.

Paul Williams, pour l'intervenante la Nation Peskotomuhkati.

Bruce McIvor, pour l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada.

Maxime Faille, pour l'intervenante Whitecap Dakota First Nation.

Jessica Orkin, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie.

Rosanne Kyle, pour l'intervenante Okanagan Nation Alliance.

Francis Walsh, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Julie McGregor, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Kathy L. Hodgson-Smith, pour les intervenants le Ralliement national des Métis et la Fédération Métisse du Manitoba.

Jack Woodward, c.r., pour l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht.

Andrew Lokan, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

John W. Gailus, for the intervener the Lummi Nation.

Thomas Isaac, for the intervener the Métis Nation British Columbia.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

[1] ROWE J. — Richard Lee Desautel entered Canada legally from the United States of America. He shot an elk contrary to provincial wildlife rules and advised provincial authorities that he had done so. As he expected, he was charged for this. He defended the charges on the basis that he had an Aboriginal right to hunt the elk, one which is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Thus, this is a test case, the central issue being whether persons who are not Canadian citizens and who do not reside in Canada can exercise an Aboriginal right that is protected by s. 35(1). For the reasons that follow, I would say yes. On a purposive interpretation of s. 35(1), the scope of “aboriginal peoples of Canada” is clear: it must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact.

[2] Beyond agreeing with Mr. Desautel on this central issue, I will say little more about what that means for the exercise of rights protected under s. 35(1). That follows for two reasons. First, questions of law are better resolved in cases where there is a dispute that requires the answering of those questions. And, second, the defence of a prosecution for a provincial regulatory offence, while it may serve as a test case (as here), is not well-suited to deal with such broader issues. Such issues are better dealt with in an action setting out the right claimed, with a full evidentiary record, and seeking declaratory relief. I will return to such matters toward the end of my reasons.

John W. Gailus, pour l’intervenante Lummi Nation.

Thomas Isaac, pour l’intervenante Métis Nation British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LE JUGE ROWE — Richard Lee Desautel est entré légalement au Canada en provenance des États-Unis d’Amérique. Il a abattu un wapiti en contra-vention des règles provinciales sur la faune, et a informé les autorités provinciales de ce fait. Comme il s’y attendait, il a été inculpé pour cet acte. Il s’est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser le wapiti, droit protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s’agit donc d’une cause type, la question principale étant de savoir si des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que oui. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » est claire : elle doit s’entendre des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens.

[2] En plus d’être d’accord avec M. Desautel sur cette question principale, je ferai peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l’exercice des droits protégés par le par. 35(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, il est préférable de résoudre les questions de droit dans les cas où il y a un différend qui exige une réponse à ces questions. Et, deuxièmement, la défense d’une poursuite pour une infraction à la réglementation provinciale, bien qu’elle puisse servir de cause type (comme en l’espèce), se prête mal au traitement des questions plus générales de cette nature. Il vaut mieux traiter ces questions dans le cadre d’une action exposant le droit revendiqué, avec un dossier de preuve étoffé, et demandant un jugement déclaratoire. Je reviendrai sur ces questions vers la fin de mes motifs.

I. Background

[3] On October 14, 2010, Mr. Desautel shot one cow-elk near Castlegar, British Columbia. He was charged with hunting without a licence contrary to s. 11(1) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, and hunting big game while not being a resident contrary to s. 47(a) of the *Act*. He did not have a licence and was not a resident of British Columbia. Mr. Desautel is a citizen of the United States, and a resident of Ichelium in the State of Washington. Mr. Desautel admitted the *actus reus* of the offences, but raised a defence that he was exercising his Aboriginal right to hunt in the traditional territory of his Sinixt ancestors, a right protected under s. 35(1).

[4] Mr. Desautel is a member of the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes based in the State of Washington in the United States, a successor group of the Sinixt people. At trial, the year 1811 was accepted as the date of first contact between the Sinixt and Europeans. At this time, the Sinixt were engaged in a seasonal round of hunting, fishing, and gathering, travelling largely by canoe in their ancestral territory. This territory ran as far south as an island just above Kettle Falls, in what is now Washington State, and as far north as the Big Bend of the Columbia River, north of Revelstoke in what is now British Columbia. The place where Mr. Desautel shot the elk in October 2010 was within the ancestral territory of the Sinixt.

[5] Over the course of the latter half of the 19th century, the Sinixt gradually moved to occupy the southern portion of their territory full-time, the portion that lies in the United States. Until around the year 1870, the Sinixt continued their seasonal round in the northern portion of their territory, located in Canada. In the course of time, a “constellation of factors” made the Sinixt people move to the United States (2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, at para. 110). By 1872, a number of members of the Sinixt were living for the most part in Washington State. The trial judge did not find that the Sinixt were forced out of Canada “at gunpoint” (para. 101), but

I. Contexte

[3] Le 14 octobre 2010, M. Desautel a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique. Il a été accusé d’avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, et d’avoir chassé le gros gibier sans être résident, en contravention de l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*. Il n’avait pas de permis et ne résidait pas en Colombie-Britannique. Monsieur Desautel est citoyen des États-Unis, et résident d’Ichelium, dans l’État de Washington. Monsieur Desautel a admis l’*actus reus* des infractions, mais a invoqué comme moyen de défense qu’il exerçait son droit ancestral de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt, droit protégé par le par. 35(1).

[4] Monsieur Desautel est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l’État de Washington aux États-Unis, un groupe successeur du peuple Sinixt. Lors du procès, l’année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette de façon saisonnière, se déplaçant principalement en canoë sur leur territoire ancestral. Ce territoire s’étendait au sud jusqu’à une île située juste au-dessus de Kettle Falls, dans ce qui est maintenant l’État de Washington, et aussi au nord que le grand coude du fleuve Columbia, au nord de Revelstoke dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. L’endroit où M. Desautel a abattu le wapiti en octobre 2010 se trouvait sur le territoire ancestral des Sinixt.

[5] Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, les Sinixt se sont progressivement déplacés pour occuper à plein temps la partie sud de leur territoire, soit celle qui se trouve aux États-Unis. Jusqu’aux alentours de l’année 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités saisonnières dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une [TRADUCTION] « myriade de facteurs » a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis (2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, par. 110). En 1872, un certain nombre des Sinixt vivaient en majeure partie dans l’État de Washington. La juge de première instance n’a pas conclu que les Sinixt avaient été

nor did she find that the move was voluntary, as the Lakes Tribe never gave up their claim to their traditional territory in Canada. Until the year 1930, the evidence clearly showed that members of the Lakes Tribe continued to hunt in British Columbia, despite living on the Colville Reserve in Washington State and in the face of the creation of an international border by the 1846 Oregon Boundary Treaty and the outlawing of their hunting by British Columbia through the *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22. From 1930 until 1972, there may have been a period of dormancy. As was found at trial, the Lakes Tribe continues to have a connection to the land where their ancestors hunted in British Columbia.

[6] Meanwhile, the population of Sinixt who had remained in Canada was small. By 1902, only 21 Sinixt still lived on their traditional territory in Canada, in the Arrow Lakes Band reserve. By 1930, only one person remained on the rolls of the Arrow Lakes Band, and after her death in 1956, the government of Canada declared the Arrow Lakes Band extinct, and the reserve lands reverted to the provincial Crown.

II. Judicial History

A. *British Columbia Provincial Court, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97 (Mrozinski J.)*

[7] The trial judge held that there was no doubt that Mr. Desautel is a member of the Lakes Tribe, and saw the Lakes Tribe as a clear successor group to the Sinixt, such that the communal rights of the Sinixt could continue with the Lakes Tribe. The trial judge applied the test this Court set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. She held that Mr. Desautel was exercising an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

contraints [TRADUCTION] « à la pointe du fusil » de quitter le Canada (par. 101), mais elle n’a pas non plus conclu que leur déplacement était volontaire, puisque la Lakes Tribe n’a jamais renoncé à sa revendication sur son territoire traditionnel au Canada. Les éléments de preuve ont clairement démontré que jusqu’en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu’ils aient vécu dans la réserve de Colville, dans l’État de Washington, et en dépit de la création d’une frontière internationale par le Traité de l’Oregon de 1846 ainsi que de l’interdiction pour eux de chasser en Colombie-Britannique par la loi intitulée *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22. De 1930 à 1972, il y a peut-être eu une période d’inactivité. Toutefois, comme cela a été constaté au procès, la Lakes Tribe continue d’avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

[6] Pendant ce temps, le nombre de Sinixt qui sont restés au Canada était faible. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient encore sur leur territoire traditionnel au Canada, dans la réserve de la bande des lacs Arrow. En 1930, une seule personne figurait encore dans les registres de la bande des lacs Arrow, et après sa mort en 1956, le gouvernement du Canada a déclaré cette bande éteinte, et les terres de la réserve ont été restituées à la Couronne provinciale.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97 (la juge Mrozinski)*

[7] La juge de première instance a conclu que M. Desautel est sans aucun doute membre de la Lakes Tribe, et elle considérait cette dernière comme un groupe successeur évident des Sinixt, de sorte que les droits collectifs des Sinixt pouvaient continuer à être exercés par la Lakes Tribe. La juge de première instance a appliqué le critère que la Cour a énoncé dans l’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[8] Despite the Lakes Tribe’s departure from the northern part of their traditional territory, its members remained connected to that geographical area. The evidence demonstrated that the land and the traditions were not forgotten, and that the connection to the land was still present in the minds of the members of the Lakes Tribe. The trial judge found that the requirement of continuity was met, notwithstanding a period of dormancy between 1930 and 1972, because there is no requirement of “an unbroken chain of continuity” (*Van der Peet*, at para. 65).

[9] Moreover, the trial judge decided it was not necessary to define the Aboriginal right as including a mobility right, so no issue of sovereign incompatibility arose. Mr. Desautel’s Aboriginal right remained in existence and was protected by s. 35(1). The trial judge held that the right was infringed by the provisions of the *Wildlife Act* and the infringement was not justified. Mr. Desautel was acquitted.

B. *British Columbia Superior Court, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135 (Sewell J.)*

[10] The appeal was dismissed. The summary conviction appeal judge held that the Sinixt people are the relevant collective and that modern-day Lakes Tribe members are entitled to assert the Aboriginal rights held by the Sinixt, based on practices that were part of their distinctive culture at the time of contact, in their traditional territory in British Columbia. According to the summary conviction appeal judge, the words “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) must be interpreted in a purposive way, and mean Aboriginal peoples who, prior to contact, occupied what became Canada. Therefore, modern-day members of the Sinixt are not precluded from asserting rights under s. 35(1) merely because they now live in the United States. This interpretation of s. 35(1) is consistent with the objective of reconciliation. To establish an Aboriginal right to hunt, Mr. Desautel had to meet the requirements of the *Van der Peet* test. The summary conviction appeal judge found

[8] Malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie nord de son territoire traditionnel, ses membres sont restés liés à cette région géographique. La preuve a démontré que le territoire et les traditions n’ont pas été oubliés, et que le lien avec ce territoire était toujours présent dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe. La juge de première instance a conclu que l’exigence de continuité était remplie, malgré une période d’inactivité entre 1930 et 1972, car il n’est pas nécessaire de fournir la « preuve d’une continuité parfaite » (*Van der Peet*, par. 65).

[9] En outre, la juge de première instance a décidé qu’il n’était pas nécessaire de définir le droit ancestral comme incluant un droit de circulation, si bien qu’aucun problème d’incompatibilité avec la souveraineté ne se posait. Le droit ancestral de M. Desautel a continué d’exister et il était protégé par le par. 35(1). Selon la juge de première instance, les dispositions de la *Wildlife Act* portaient atteinte à ce droit, et cette atteinte n’était pas justifiée. Monsieur Desautel a été acquitté.

B. *Cour supérieure de la Colombie-Britannique, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135 (le juge Sewell)*

[10] L’appel a été rejeté. Le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que les Sinixt constituent le groupe concerné, et que les membres de la Lakes Tribe d’aujourd’hui sont en droit de faire valoir les droits ancestraux détenus par les Sinixt, compte tenu des pratiques qui faisaient partie de leur culture distinctive au moment du contact avec les Européens sur leur territoire traditionnel en Colombie-Britannique. D’après le juge d’appel des poursuites sommaires, l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) doit être interprétée de manière téléologique, et elle désigne les peuples autochtones qui, avant le contact, occupaient ce qui est devenu le Canada. Par conséquent, les membres contemporains des Sinixt ne sont pas empêchés de faire valoir des droits au titre du par. 35(1) du seul fait qu’ils vivent maintenant aux États-Unis. Cette interprétation du par. 35(1) est conforme à l’objectif de réconciliation. Pour établir un droit ancestral de chasse, M. Desautel

that the trial judge made no error in applying the *Van der Peet* test.

[11] The summary conviction appeal judge held that Mr. Desautel's Aboriginal right to hunt is not incompatible with Canadian sovereignty. The fact that the government of Canada has the right to control its borders is not fatal to the assertion of an Aboriginal right to hunt in Canada by an Aboriginal group located in the United States. Mr. Desautel was not charged with coming into Canada unlawfully and there was no evidence that he was denied entry. In contrast with the claimant in *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, Mr. Desautel was not asserting an Aboriginal right to cross the border.

C. *British Columbia Court of Appeal, 2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48 (Smith, Willcock and Fitch JJA.)*

[12] The Crown's appeal was dismissed. Under a purposive approach, the Court of Appeal concluded that an Aboriginal group that does not reside in Canada and whose members are neither residents nor citizens of Canada can claim constitutional rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is not a requirement that there be a present-day Aboriginal community in the geographic area where the claimed right is exercised. In this case, the Court of Appeal found that the relevant historic collective is the Sinixt and that the Lakes Tribe is a modern collective descended from the Sinixt. The finding of the trial judge that the chain of continuity had not been broken was entitled to deference. There is no requirement under the *Van der Peet* test, according to the Court of Appeal, that the claimant must be a member of a contemporary Aboriginal community currently located in the geographic area where the right was historically exercised. Imposing such a requirement would fail to take into account the Aboriginal perspective, the realities of colonization

devait satisfaire aux exigences du critère de l'arrêt *Van der Peet*. Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que la juge de première instance n'avait commis aucune erreur dans l'application de ce critère.

[11] Par ailleurs, le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que le droit ancestral de chasse de M. Desautel n'est pas incompatible avec la souveraineté canadienne. Le fait que le gouvernement du Canada ait le droit de contrôler ses frontières n'est pas fatal à la revendication d'un droit ancestral de chasser au Canada par un groupe autochtone qui se trouve aux États-Unis. Monsieur Desautel n'a pas été accusé d'être entré illégalement au Canada, et rien ne prouve qu'on lui a refusé l'entrée. Contrairement au demandeur dans l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, M. Desautel ne revendiquait pas un droit ancestral de traverser la frontière.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48 (les juges Smith, Willcock et Fitch)*

[12] L'appel de la Couronne a été rejeté. Sur la base d'une interprétation téléologique, la Cour d'appel a conclu qu'un groupe autochtone qui ne réside pas au Canada et dont les membres ne sont ni résidents ni citoyens du Canada peut revendiquer des droits constitutionnels en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une présence actuelle de la communauté dans la région géographique où le droit revendiqué est exercé. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que la communauté historique concernée est le peuple Sinixt, et que la Lakes Tribe est un groupe contemporain descendant de ce peuple. La conclusion de la juge de première instance selon laquelle la continuité n'avait pas été interrompue commande la déférence. D'après la Cour d'appel, le critère de l'arrêt *Van der Peet* n'exige pas que le demandeur soit membre d'une communauté autochtone contemporaine qui habite présentement dans la région géographique où le droit a été historiquement exercé. Imposer une telle exigence ne tiendrait pas compte de la perspective

and displacement, and the goal of reconciliation. The Court of Appeal concluded that the rights of Mr. Desautel's community to hunt on their ancestral lands in British Columbia were never voluntarily surrendered, abandoned or extinguished. Therefore, Mr. Desautel has an Aboriginal right to hunt in British Columbia.

[13] It was further held that practical concerns about the expansion of Canada's duty to consult to Aboriginal groups in the United States could not prevent a court from recognizing their inherent rights. Finally, the Court of Appeal determined that it was not necessary to consider Mr. Desautel's incidental mobility right to cross the border and the compatibility of such a right with Canadian sovereignty, because this issue was not addressed at trial and its resolution was not necessary for the determination of the appeal.

III. Issue

[14] The appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (hereinafter "the Crown") raises the following constitutional question:

Are ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, as they read in October 2010, of no force or effect with respect to the respondent, being a member of the Lakes Tribe of the Confederated Tribes of the Colville Reservation in Washington State, U.S.A., in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the respondent?

(A.R., vol. I, at p. 139)

[15] To answer this question, the Court must determine whether an Aboriginal people located outside Canada can assert rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

autochtone, des réalités de la colonisation et du déplacement, ainsi que de l'objectif de réconciliation. La Cour d'appel a conclu que les droits de la communauté de M. Desautel de chasser sur leurs terres ancestrales en Colombie-Britannique n'ont jamais été volontairement cédés, abandonnés ou éteints. Par conséquent, M. Desautel a un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique.

[13] Par ailleurs, il a été conclu que les considérations pratiques relatives à l'élargissement de l'obligation du Canada de consulter les groupes autochtones des États-Unis ne pouvaient pas empêcher une cour de reconnaître leurs droits inhérents. Enfin, la Cour d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le droit de circulation accessoire de M. Desautel pour traverser la frontière et la compatibilité de ce droit avec la souveraineté canadienne, car cette question n'a pas été abordée au procès et il n'était pas nécessaire de la régler pour statuer sur l'appel.

III. Question en litige

[14] L'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (ci-après « la Couronne ») soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION] Le paragraphe 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu'ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l'égard de l'intimé, un membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l'État de Washington, aux États-Unis d'Amérique, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d'un droit ancestral au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l'intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

[15] Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si un peuple autochtone qui se trouve à l'extérieur du Canada peut faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

IV. Submissions of the PartiesA. *Appellant: Her Majesty the Queen in Right of British Columbia*

[16] The Crown's main submission is that Mr. Desautel cannot assert Aboriginal rights under s. 35(1) because the scope of this provision is limited to Aboriginal peoples located in Canada. At best, Mr. Desautel can claim a common law right to hunt, which would not constitute a defence to the regulatory charges against him. In the Crown's submission, the *Van der Peet* test for the recognition of rights under s. 35(1) requires the presence of a present-day collective in the area where the right was exercised historically. In the present case, the relevant modern collective would be the Lakes Tribe, a group located in the State of Washington, not in British Columbia. Moreover, because Mr. Desautel is a resident of the United States, the exercise of the right to hunt in British Columbia necessarily involves an incidental mobility right to cross the border, which is incompatible with Canadian sovereignty, and the result is that the s. 35(1) Aboriginal right claimed by Mr. Desautel never came into existence.

B. *Respondent: Mr. Desautel*

[17] Mr. Desautel argues that he has an Aboriginal right to hunt in the ancestral territory of the Sinixt, the relevant modern-day collective, in British Columbia. This right is protected under s. 35(1). To assert s. 35(1) rights, he argues, the only test that an Aboriginal people has to pass is the *Van der Peet* test. Therefore, there is no threshold issue distinct from the test elaborated by this Court for the recognition of Aboriginal rights. Moreover, the *Van der Peet* test has never required an additional requirement of geographic continuity. The fact that an Aboriginal people is solely based outside Canada has no impact on the recognition of the right as long as the requirements of the *Van der Peet* test are met. Finally,

IV. Arguments des partiesA. *L'appelante : Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique*

[16] La Couronne soutient principalement que M. Desautel ne peut faire valoir des droits ancestraux au titre du par. 35(1) parce que cette disposition vise uniquement les peuples autochtones qui se trouvent au Canada. Monsieur Desautel ne peut tout au plus que revendiquer un droit de chasse en common law, ce qui ne constituerait pas une défense contre les accusations de nature réglementaire portées contre lui. Selon la Couronne, le critère de l'arrêt *Van der Peet* pour la reconnaissance des droits visés au par. 35(1) exige une présence de la communauté contemporaine dans la région où le droit a été exercé historiquement. En l'espèce, la Lakes Tribe, un groupe habitant dans l'État de Washington, et non en Colombie-Britannique, serait la communauté contemporaine concernée. De plus, comme M. Desautel est un résident des États-Unis, l'exercice du droit de chasse en Colombie-Britannique implique nécessairement un droit de circulation accessoire pour traverser la frontière, ce qui est incompatible avec la souveraineté canadienne, et il en résulte que le droit ancestral garanti par le par. 35(1) que revendique M. Desautel n'a jamais existé.

B. *L'intimé : Monsieur Desautel*

[17] Monsieur Desautel soutient qu'il a un droit ancestral de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt, la communauté contemporaine concernée, en Colombie-Britannique. Ce droit est protégé par le par. 35(1). Pour faire valoir des droits visés au par. 35(1), affirme-t-il, le seul critère auquel doit répondre un peuple autochtone est celui de l'arrêt *Van der Peet*. Par conséquent, il n'y a pas de question préliminaire distincte du critère élaboré par la Cour pour la reconnaissance des droits ancestraux. D'ailleurs, le critère de *Van der Peet* n'a jamais imposé une obligation supplémentaire de continuité géographique. Le fait qu'un peuple autochtone soit uniquement établi à l'extérieur du Canada n'a aucune

Mr. Desautel submits that there is no mobility right at issue in this case.

V. Analysis

A. *The Scope of Section 35(1)*

(1) The Threshold Question

[18] Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, says:

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

It is clear from the text of s. 35(1) that, to fall within its scope, an Aboriginal group must be an “aboriginal peopl[e] of Canada”. The question raised by this appeal is whether a group whose members are neither Canadian citizens nor Canadian residents can meet this condition. The text of s. 35(1) does not provide a clear answer to this question. The words “of Canada” are capable of different meanings, as “of” can be used to express a range of different relationships.

[19] Whether a group is an Aboriginal people of Canada is, analytically speaking, a different question from whether the group has an Aboriginal right. This Court’s decision in *Van der Peet* was about the latter question. It set out a test for having an Aboriginal right, not for being an Aboriginal people of Canada. The *Van der Peet* test by itself is not, therefore, dispositive of this appeal. That said, evidence that is relevant to the question whether a group has an Aboriginal right may also be relevant to the question whether the group is an Aboriginal people of Canada.

incidence sur la reconnaissance du droit à condition que les exigences du critère de *Van der Peet* soient remplies. Enfin, M. Desautel soutient qu’il n’y a pas de droit à la libre circulation en cause dans la présente affaire.

V. Analyse

A. *La portée du paragraphe 35(1)*

(1) La question préliminaire

[18] Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est libellé comme suit :

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Il ressort du libellé du par. 35(1) que, pour relever de son champ d’application, un groupe autochtone doit être un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un groupe dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents canadiens peut remplir cette condition. Le libellé du par. 35(1) n’apporte pas de réponse claire à cette question. Les mots « du Canada » peuvent avoir des significations différentes, car « du » peut être utilisé pour exprimer une gamme de relations différentes.

[19] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada diffère, du point de vue analytique, de celle de savoir si le groupe a un droit ancestral. La décision de la Cour dans *Van der Peet* portait sur cette dernière question. Elle a établi un critère pour déterminer si un groupe possède un droit ancestral, et non pour déterminer s’il est un peuple autochtone du Canada. Le critère de *Van der Peet* n’est donc pas, par lui-même, déterminant en l’espèce. Cela dit, les éléments de preuve pertinents quant à la question de savoir si un groupe possède un droit ancestral peuvent également être pertinents quant à la question de savoir si le groupe est un peuple autochtone du Canada.

[20] Whether a group is an Aboriginal people of Canada is a threshold question, in the sense that if a group is *not* an Aboriginal people of Canada, there is no need to proceed to the *Van der Peet* test. But this threshold question does not arise in every case. In most cases there is no doubt that the claimant belongs to an Aboriginal people of Canada, so there is no need to address the threshold question. The threshold question is likely to arise only where there is some ground for doubt, such as where the group is located outside of Canada. It should not be construed as an additional burden on rights claimants that has to be satisfied in every case.

[21] No previous decision of this Court interprets the scope of the words “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1). That is our task here. As this Court has often recognized, s. 35(1) must be interpreted in a purposive way (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1106; *Van der Peet*, at paras. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 76).

[22] For the reasons that follow, I am of the view that a consistent development of this Court’s s. 35(1) jurisprudence requires that groups located outside Canada can be Aboriginal peoples of Canada. As I will explain, the two purposes of s. 35(1) are to recognize the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and to reconcile their modern-day existence with the Crown’s assertion of sovereignty over them. These purposes are reflected in the structure of Aboriginal rights and title doctrine, which first looks back to the practices of groups that occupied Canadian territory prior to European contact, sovereignty or effective control, and then expresses those practices as constitutional rights held by modern-day successor groups within the Canadian legal order. The same purposes are reflected in the principle of the honour of the Crown, under which the Crown’s historic assertion of sovereignty over Aboriginal societies gives rise to

[20] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada est une question préliminaire, en ce sens que si un groupe n’est *pas* un peuple autochtone du Canada, il n’est pas nécessaire de passer au critère de l’arrêt *Van der Peet*. Mais cette question préliminaire ne se pose pas dans tous les cas. Dans la plupart des cas, il ne fait aucun doute que le demandeur appartient à un peuple autochtone du Canada, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de répondre à la question préliminaire. Cette question préliminaire ne se posera probablement que s’il existe un doute, par exemple lorsque le groupe se trouve à l’extérieur du Canada. Elle ne doit pas être interprétée comme un fardeau supplémentaire dont doivent s’acquitter les revendicateurs de droits dans tous les cas.

[21] Aucune décision antérieure de la Cour n’interprète la portée des mots « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1). Voilà ce que nous devons faire en l’espèce. Comme la Cour l’a maintes fois reconnu, le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76).

[22] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’une interprétation cohérente de la jurisprudence de la Cour relative au par. 35(1) exige que les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada puissent être des peuples autochtones du Canada. Comme je l’expliquerai, les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l’occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne sur elles. Ces objectifs se reflètent dans la structure de la théorie en matière de droits et de titres ancestraux, qui se penche d’abord sur les pratiques des groupes qui occupaient le territoire canadien avant le contact avec les Européens, la souveraineté ou le contrôle effectif, puis traduit ces pratiques en droits constitutionnels détenus par les groupes successeurs contemporains au sein de l’ordre juridique canadien. Les mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l’honneur

continuing obligations to their successors as part of an ongoing process of reconciliation.

[23] On this interpretation, the scope of “aboriginal peoples of Canada” is clear: it must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact. As a result, groups whose members are neither citizens nor residents of Canada can be Aboriginal peoples of Canada.

(2) A Purposive Interpretation of Section 35(1)

[24] The prior occupation of Canadian territory by organized Aboriginal societies was recognized before s. 35(1) was enacted. In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the claimants sought a declaration of Aboriginal title in their traditional territory. While the claim was unsuccessful, Judson J. characterized the source of Aboriginal title in comments that have been repeatedly cited by this Court: “. . . the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means . . .” (*Calder*, at p. 328 (emphasis added); see also *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 340; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 377-78). This point was taken up in *Sparrow*, where this Court laid out the analysis for justified infringements of Aboriginal rights. In finding that the Musqueam had an Aboriginal right protected by s. 35(1), Dickson C.J. and La Forest J. observed that they “have lived in the area as an organized society long before the coming of European settlers” (*Sparrow*, at p. 1094 (emphasis added)).

[25] In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, this Court confirmed that the *Sparrow* test applies to infringements of treaty rights. In arriving at this conclusion, Cory J. drew on a second theme from

de la Couronne, selon lequel l’affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d’un processus de réconciliation continu.

[23] Selon cette interprétation, la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » est claire : il doit s’agir des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens. Par conséquent, les groupes dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents du Canada peuvent être des peuples autochtones du Canada.

(2) Une interprétation téléologique du paragraphe 35(1)

[24] L’occupation antérieure du territoire canadien par des sociétés autochtones organisées a été reconnue avant la promulgation du par. 35(1). Dans l’arrêt *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, les demandeurs ont sollicité une déclaration de titre ancestral sur leur territoire traditionnel. Bien que la demande ait été rejetée, le juge Judson a décrit la source du titre ancestral dans des commentaires qui ont été cités à plusieurs reprises par la Cour : « . . . il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l’avaient fait depuis des siècles. C’est ce que signifie le titre indien . . . » (*Calder*, p. 328 (je souligne); voir aussi *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 377-378). Ce point a été repris dans l’arrêt *Sparrow*, où la Cour a exposé le critère de la justification des atteintes aux droits ancestraux. En concluant que les Musqueam avaient un droit ancestral protégé par le par. 35(1), le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait remarquer qu’ils « vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens » (*Sparrow*, p. 1094 (je souligne)).

[25] Dans l’arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, la Cour a confirmé que le critère de l’arrêt *Sparrow* s’applique aux atteintes à des droits issus de traités. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Cory s’est

the pre-1982 jurisprudence. The Crown’s assertion of sovereignty over Aboriginal societies, he held, gave rise to a distinctive legal relationship. “[B]oth aboriginal and treaty rights possess in common a unique, *sui generis* nature. In each case, the honour of the Crown is engaged through its relationship with the native people” (*Badger*, at para. 78 (emphasis added; citations omitted)). In the treaty context, this principle can be traced back to the dissenting reasons of Gwynne J. in *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12; and in *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1, at p. 2.

[26] These two themes were brought out explicitly in *Van der Peet*, where Lamer C.J. set out the test for Aboriginal rights. Lamer C.J. first observed, at para. 30, that “when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries” (emphasis in original). Second, he wrote at para. 31, s. 35(1) is “the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown”. In short,

the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. [para. 43]

[27] The two purposes of s. 35(1) underlie the test for Aboriginal rights set out in *Van der Peet*. The court first looks back to the historic practices of Aboriginal societies in Canada prior to contact, and second, recognizes those practices as Aboriginal

appuyé sur un deuxième thème de la jurisprudence antérieure à 1982. L’affirmation de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones, selon lui, a donné lieu à une relation juridique particulière. « [L]es droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier. [. . .] Dans chaque cas, l’honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones » (*Badger*, par. 78 (je souligne; références omises)). Dans le contexte des traités, ce principe remonte aux motifs dissidents du juge Gwynne dans l’arrêt *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512; et dans *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1, p. 2.

[26] Ces deux thèmes ont été explicitement mis en évidence dans l’arrêt *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a établi le critère applicable aux droits ancestraux. Le juge en chef Lamer a d’abord souligné, au par. 30, que « quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s’y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l’avaient fait pendant des siècles » (souligné dans l’original). Ensuite, il a écrit au par. 31 que le par. 35(1) « établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté ». En résumé,

la meilleure façon de décrire les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu’ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu’avant l’arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. [par. 43]

[27] Les deux objectifs du par. 35(1) sont à la base du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l’arrêt *Van der Peet*. La cour se penche d’abord sur les pratiques historiques des sociétés autochtones du Canada avant le contact et, ensuite, reconnaît

rights held by their modern-day successors within the Canadian legal order: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73; *Mitchell*, at para. 12. In *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 45, Bastarache J. explained that the doctrine of Aboriginal rights “arises from the simple fact of prior occupation of the lands now forming Canada”. He added that “[t]he ‘distinctive aboriginal culture’ must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands” (para. 45, quoting the dissenting reasons of L’Heureux-Dubé J. in *Van der Peet*, at para. 159 (emphasis added)).

[28] The test for Aboriginal title, a variation of the *Van der Peet* test, reflects the same two purposes. In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, this Court explained that Aboriginal title has two sources: first, Aboriginal possession of the land before the assertion of Crown sovereignty, and second, “the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law” (para. 114). As LeBel J., concurring in *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at para. 129, explained:

As with all aboriginal rights protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, aboriginal title arises from the prior possession of land and the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. . . . It originates from “the prior occupation of Canada by aboriginal peoples” and from “the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law”. [Citations omitted.]

The test for title looks back to the historic occupation of Canadian territory by Aboriginal societies at the date of Crown sovereignty and recognizes this occupation as Aboriginal title, “a burden on the Crown’s underlying title” (*Delgamuukw*, at para. 145), within the Canadian legal order.

ces pratiques comme des droits ancestraux détenus par leurs successeurs contemporains au sein de l’ordre juridique canadien : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73; *Mitchell*, par. 12. Dans l’arrêt *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, au par. 45, le juge Bastarache a expliqué que la doctrine des droits ancestraux « découle du simple fait de l’occupation antérieure des terres qui forment aujourd’hui le Canada ». Il a ajouté que « [l]’expression “culture autochtone distinctive” doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien » (par. 45, citant les motifs dissidents de la juge L’Heureux-Dubé dans *Van der Peet*, par. 159 (je souligne)).

[28] Le critère relatif au titre ancestral, qui est une variante du critère de l’arrêt *Van der Peet*, reflète les deux mêmes objectifs. Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour a expliqué que le titre ancestral a deux sources : premièrement, la possession du territoire par les Autochtones avant l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, et deuxièmement, « le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants » (par. 114). Comme l’a expliqué le juge LeBel dans ses motifs concordants dans l’arrêt *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 129 :

Comme tous les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène découle de la possession antérieure du territoire et de l’organisation sociale et des cultures distinctives antérieures du peuple autochtone habitant ce territoire. [. . .] Il provient de « l’occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones » et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants ». [Références omises.]

Le critère relatif au titre se réfère à l’occupation historique du territoire canadien par les sociétés autochtones au moment de la souveraineté de la Couronne, et reconnaît cette occupation comme un titre ancestral, qui « grève le titre sous-jacent de la Couronne » (*Delgamuukw*, par. 145), dans l’ordre juridique canadien.

[29] The two purposes of s. 35(1) were reiterated in *Mitchell* by McLachlin C.J., who said:

Long before Europeans explored and settled North America, aboriginal peoples were occupying and using most of this vast expanse of land in organized, distinctive societies with their own social and political structures. . . . [T]he Crown asserted that sovereignty over the land, and ownership of its underlying title, vested in the Crown. . . . With this assertion arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation, a duty characterized as “fiduciary” in *Guerin*. . . . [Emphasis added; citations omitted; para 9.]

[30] In this Court’s recent jurisprudence, the special relationship between Aboriginal peoples and the Crown has been articulated in terms of the honour of the Crown. As was explained by McLachlin C.J. and Karakatsanis J. in *Manitoba Metis*, at para. 67:

The honour of the Crown . . . recognizes the impact of the “superimposition of European laws and customs” on pre-existing Aboriginal societies. . . . Aboriginal peoples were here first, and they were never conquered; yet, they became subject to a legal system that they did not share. Historical treaties were framed in that unfamiliar legal system, and negotiated and drafted in a foreign language. . . . The honour of the Crown characterizes the “special relationship” that arises out of this colonial practice. [Emphasis added; citations omitted.]

While the honour of the Crown looks back to this historic impact, it also looks forward to reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples in an ongoing, “mutually respectful long-term relationship” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at para. 21, per Karakatsanis J.; and *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at paras. 21 and 28, per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.; and at paras. 207-8, per Brown

[29] Les deux objectifs du par. 35(1) ont été ré-affirmés dans l’arrêt *Mitchell* par la juge en chef McLachlin, qui a dit ce qui suit :

Bien avant que les Européens explorent l’Amérique du Nord et s’y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques. [. . .] Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l’égard de ce territoire. [. . .] Cette affirmation de souveraineté a fait naître l’obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l’exploitation, une obligation qualifiée d’« obligation de fiduciaire » dans *Guerin*. . . [Je souligne, références omises; par. 9.]

[30] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la relation spéciale entre les peuples autochtones et la Couronne a été formulée sous l’angle de l’honneur de la Couronne. Comme l’ont expliqué la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis dans l’arrêt *Manitoba Metis*, au par. 67 :

Le principe de l’honneur de la Couronne reconnaît [. . .] les effets, sur les sociétés autochtones préexistantes, de la « surimposition des lois et coutumes européennes ». [. . .] Les peuples autochtones vivaient ici avant les Européens et ils n’ont jamais été conquis; ils ont néanmoins été assujettis à un système juridique qu’ils ne partageaient pas. Les traités historiques ont été élaborés dans ce cadre juridique étranger, en plus d’être négociés et rédigés dans une langue étrangère [. . .] L’honneur de la Couronne vient caractériser la « relation spéciale » qui découle de cette pratique coloniale. [Je souligne; références omises.]

Bien qu’il reconnaisse cet impact historique, le principe de l’honneur de la Couronne est également au cœur de l’objectif de réconciliation entre la Couronne et les peuples autochtones dans le cadre d’une « relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10; voir aussi *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 21, la juge Karakatsanis; et *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 21 et 28, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis, et

and Rowe JJ., dissenting). The honour of the Crown requires that Aboriginal rights be determined and respected, and may require the Crown to consult and accommodate while the negotiation process continues (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 25; see also *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). It also requires that the Crown act diligently to fulfill its constitutional obligations to Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 75).

[31] As this review of the jurisprudence shows, s. 35(1) serves to recognize the prior occupation of Canada by Aboriginal societies and to reconcile their contemporary existence with Crown sovereignty. These purposes are expressed in the doctrinal structure of Aboriginal law, which gives effect to rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies. Implicit in this doctrinal structure, and the purposes that underlie it, is the answer to our question. The Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern successors of those Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact. This may include Aboriginal groups that are now outside Canada.

[32] I hasten to add that this criterion will need to be modified in the case of the Métis. Because Métis communities arose after contact between other Aboriginal peoples and Europeans, “the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined” (*Van der Peet*, at para. 67). Given that the present case is not about Métis s. 35(1) rights, I leave for another day precisely what criterion should be applied to determine whether a Métis community is an “aboriginal peopl[e] of Canada”, in cases where there is doubt.

par. 207-208, les juges Brown et Rowe (dissidents)). L’honneur de la Couronne commande que les droits ancestraux soient déterminés et respectés, et peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à trouver des accommodements à leurs intérêts pendant que le processus de négociation se poursuit (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 25; voir aussi *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24). Ce principe requiert également que la Couronne agisse avec diligence pour s’acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones (*Manitoba Metis*, par. 75).

[31] Comme le démontre cet examen de la jurisprudence, le par. 35(1) sert à reconnaître l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu’à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. La réponse à notre question se trouve implicitement dans cette structure théorique et les objectifs qui la sous-tendent. Les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens. Il peut s’agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd’hui à l’extérieur du Canada.

[32] Je m’empresse d’ajouter que ce critère devra être modifié dans le cas des Métis. Les communautés métisses ayant vu le jour après le contact entre d’autres peuples autochtones et les Européens, « la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n’est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis » (*Van der Peet*, par. 67). Étant donné que la présente affaire ne concerne pas les droits des Métis reconnus au par. 35(1), je reporte à une autre occasion la détermination du critère précis à appliquer pour établir si une communauté métisse est un « peupl[e] autochton[e] du Canada », dans les cas où il existe un doute.

[33] I would add that an interpretation of “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) that includes Aboriginal peoples who were here when the Europeans arrived and later moved or were forced to move elsewhere, or on whom international boundaries were imposed, reflects the purpose of reconciliation. The displacement of Aboriginal peoples as a result of colonization is well acknowledged:

Aboriginal peoples were displaced physically — they were denied access to their traditional territories and in many cases actually forced to move to new locations selected for them by colonial authorities. They were also displaced socially and culturally, subject to intensive missionary activity and the establishment of schools — which undermined their ability to pass on traditional values to their children, imposed male-oriented Victorian values, and attacked traditional activities such as significant dances and other ceremonies. In North America they were also displaced politically, forced by colonial laws to abandon or at least disguise traditional governing structures and processes in favour of colonial-style municipal institutions.

(Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 1, Looking Forward, Looking Back (1996), at pp. 139-40)

By contrast, an interpretation that excludes Aboriginal peoples who were forced to move out of Canada would risk “perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers” (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 53).

[34] Moreover, it bears emphasis that s. 35(1) did not create Aboriginal rights. As *Calder* and indeed the *Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), show, Aboriginal rights long predated 1982 (see M. D. Walters, “The ‘Golden Thread’ of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982*” (1999), 44 *McGill L.J.* 711). What s. 35(1) did was to give Aboriginal and treaty rights — which it explicitly recognizes as

[33] Par ailleurs, j’ajouterais qu’une interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l’arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l’objectif de réconciliation. Le déplacement des peuples autochtones à la suite de la colonisation est bien reconnu :

Les peuples autochtones ont été physiquement déracinés : on leur refusait l’accès à leurs territoires traditionnels et, dans bien des cas, on les a forcés à se rendre dans de nouveaux endroits que les autorités coloniales avaient choisis pour eux. Ils ont également été déracinés sur les plans social et culturel : assujettis aux efforts intensifs des missionnaires, ils se sont fait imposer des écoles qui ont réduit leur capacité de transmettre leurs valeurs traditionnelles à leurs enfants, qui leur inculquaient des valeurs victorienne à dominante masculine et qui attaquaient leurs activités traditionnelles comme les danses et autres cérémonies symboliques. En Amérique du Nord, ils ont également été déracinés sur le plan politique, les lois coloniales les forçant d’abandonner ou, à tout le moins, de camoufler leurs structures et méthodes traditionnelles de gouvernement en faveur d’institutions municipales, de type colonial.

(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, Un passé, un avenir (1996), p. 150)

En revanche, une interprétation excluant les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de « perpétu[er] l’injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53).

[34] De plus, il convient de souligner que le par. 35(1) n’a pas créé les droits ancestraux. Comme le démontrent l’arrêt *Calder* et la *Proclamation royale de 1763* (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), les droits ancestraux remontent à bien avant 1982 (voir M. D. Walters, « The “Golden Thread” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711). Le paragraphe 35(1) a eu pour effet de donner

already “existing” — constitutional protection (*Van der Peet*, at paras. 28-29). Even though some s. 35(1) Aboriginal rights would not have been recognized under pre-1982 Canadian law (*Côté*, at para. 52), the practices, customs and traditions that underlie these rights existed before 1982. An interpretation of s. 35(1) that limits its scope to those Aboriginal peoples who were located in Canada in 1982 would fail to give effect to this point by treating s. 35(1) as the source of Aboriginal rights.

(3) Additional Arguments

[35] The parties and interveners made a range of additional arguments about the scope of s. 35(1). I do not take any of these arguments to be determinative, but will explain how they are consistent with the interpretation set out above.

(a) *Alternative Wording for Section 35(1)*

[36] Several parties made submissions on what the words “of Canada” in s. 35(1) must mean. Both the Crown and Mr. Desautel suggested alternative wording that might have been used instead, had the drafters of the *Constitution Act, 1982*, wished to exclude their favoured interpretations. I give these arguments no weight. As I explained earlier, the words used in s. 35(1) are capable of different meanings when considered in isolation.

[37] However, the phrase “aboriginal peoples” does perhaps suggest those who were here originally — before the Europeans — in line with the interpretation I have set out. As Lord Denning once wrote, “[t]he Indian peoples of Canada have been there from the beginning of time. So they are called the ‘aboriginal peoples’”: *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (E.W.C.A.), at p. 89.

aux droits ancestraux et droits issus de traités — qu’il reconnaît explicitement comme étant déjà « existants » — une protection constitutionnelle (*Van der Peet*, par. 28-29). Même si certains droits ancestraux garantis au par. 35(1) n’auraient pas été reconnus en vertu du droit canadien antérieur à 1982 (*Côté*, par. 52), les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

(3) Les arguments supplémentaires

[35] Les parties et les intervenants ont présenté une série d’arguments supplémentaires sur la portée du par. 35(1). Je ne trouve déterminant aucun de ces arguments, mais je vais expliquer en quoi ils sont cohérents avec l’interprétation exposée ci-dessus.

a) *Autres formulations du paragraphe 35(1)*

[36] Plusieurs parties ont présenté des observations sur la signification des mots « du Canada » au par. 35(1). La Couronne et M. Desautel ont tous deux suggéré une autre formulation qui aurait pu être utilisée en lieu et place, si les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* avaient voulu exclure leurs interprétations privilégiées. Je n’accorde aucun poids à ces arguments. Comme je l’ai expliqué précédemment, les termes utilisés au par. 35(1) peuvent avoir des significations différentes lorsqu’ils sont considérés isolément.

[37] Cependant, l’expression « peuples autochtones » désigne peut-être ceux qui étaient ici à l’origine, avant les Européens, conformément à l’interprétation que j’ai exposée. Comme l’a écrit Lord Denning, [TRADUCTION] « [l]es peuples indiens du Canada sont là depuis le début des temps. On les appelle donc les “peuples autochtones” » : *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (E.W.C.A.), p. 89.

(b) *Context Within the Constitution Act, 1982*

[38] The phrase “aboriginal peoples of Canada” is used elsewhere in the *Constitution Act, 1982*. It is used in ss. 25 (“The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”), 35(2) (“In this Act, aboriginal peoples of Canada includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada”), 35.1(b) (“the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on [certain amendments to the Constitution]”), and the now-spent and repealed ss. 37(2) (“[The planned constitutional conference] shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item”) and 37.1(2) (“[Each other planned constitutional conference] shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters”).

[39] While there may be reason to interpret the phrase “aboriginal peoples of Canada” in the same way across the *Constitution Act, 1982*, this provides little assistance in the present appeal. Section 25 shields the rights and freedoms that pertain to Aboriginal peoples of Canada from being abrogated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but it does not tell us who those peoples are. While the text of s. 35(2) defines Aboriginal peoples to include the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada, this does not specify whether they must be citizens or residents of Canada.

[40] Nor do I take anything from the requirement under s. 35.1 and the repealed ss. 37 and 37.1 that

b) *Le contexte dans la Loi constitutionnelle de 1982*

[38] L’expression « peuples autochtones du Canada » est utilisée ailleurs dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle est utilisée à l’art. 25 (« Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada »), au par. 35(2) (« Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada »), à l’al. 35.1(b) (« le premier ministre du Canada [. . .] invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à [certaines modifications à la Constitution] »), et aux dispositions désormais utilisées et abrogées, à savoir le par. 37(2) (« Sont placées à l’ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »), et le par. 37.1(2) (« Sont placées à l’ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »).

[39] S’il peut y avoir des raisons d’interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de la même manière dans toute la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela n’est guère utile dans le cadre du présent pourvoi. L’article 25 protège les droits et libertés des peuples autochtones du Canada contre une abrogation par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il ne nous dit pas qui sont ces peuples. Si le libellé du par. 35(2) indique que les peuples autochtones comprennent les Indiens, les Inuits et les Métis du Canada, il ne précise pas s’ils doivent être citoyens ou résidents du Canada.

[40] Je ne retire rien non plus de l’obligation prévue à l’art. 35.1, et aux art. 37 et 37.1 désormais

the Aboriginal peoples of Canada be represented at constitutional conferences. The Crown points out that representatives of the Lakes Tribe have not been invited to the constitutional conferences held so far. But the practice at these conferences was for Aboriginal peoples to be represented by umbrella organizations (see *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, and R. Romanow, “Aboriginal Rights in the Constitutional Process”, in M. Boldt and J. A. Long, eds., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (1985), 73). It is not clear that there would be any obstacle to Aboriginal peoples outside of Canada being represented in such processes. The requirement of representation at constitutional conferences thus offers no guidance here.

(c) *Legislative History*

[41] The Crown suggested that insight into the scope of s. 35(1) can be drawn from the *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*. I agree that drafting history can be relevant to constitutional interpretation (see *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 78). But in this case it sheds no light. There is nothing in the record to show that the members of the Committee turned their minds at all to the question of non-citizen or non-resident Aboriginal peoples of Canada.

(d) *The 1930 Natural Resources Transfer Agreements*

[42] The Crown and the Attorney General of Saskatchewan submit that s. 35(1) should be interpreted similarly to the Natural Resources Transfer Agreements (“NRTAs”), which were entered into between Canada and each of the Prairie provinces using nearly identical language, and added as schedules to the Constitution. The NRTAs use both the phrases “Indians of the Province” and “Indians within the

abrogés, selon lesquels les peuples autochtones du Canada doivent être représentés aux conférences constitutionnelles. La Couronne souligne que les représentants de la Lakes Tribe n’ont pas été invités aux conférences constitutionnelles tenues jusqu’à présent. Mais lors de ces conférences, la pratique voulait que les peuples autochtones soient représentés par des organismes-cadres (voir *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, et R. Romanow, « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », dans M. Boldt et J. A. Long, dir., *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (1985), 73). Il n’est pas évident qu’il y aurait un obstacle à ce que les peuples autochtones hors du Canada soient représentés dans de tels processus. L’exigence de représentation aux conférences constitutionnelles ne nous éclaire donc pas en l’espèce.

c) *L’historique législatif*

[41] La Couronne a laissé entendre que la portée du par. 35(1) peut être mieux comprise à la lumière des *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Je suis d’accord que l’historique de la rédaction peut être pertinent pour l’interprétation de la Constitution (voir *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 78). Mais en l’espèce, cela ne nous éclaire pas. Rien dans le dossier ne démontre que les membres du Comité se sont penchés le moins sur la question des peuples autochtones non citoyens ou non résidents du Canada.

d) *Les Conventions sur le transfert des ressources naturelles de 1930*

[42] La Couronne et le procureur général de la Saskatchewan soutiennent que le par. 35(1) devrait être interprété de la même façon que les Conventions sur le transfert des ressources naturelles (« CTRN »), qui ont été conclues entre le Canada et chacune des provinces des Prairies, dans un libellé presque identique, et ajoutées en annexe à la Constitution. Les CTRN utilisent les deux expressions suivantes,

boundaries thereof”.¹ In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at pp. 101-2, this Court explained that the former was narrower than the latter, in that the latter included “Indians” who were passing through the province, not just those ordinarily resident in the province. Respectfully, there is no reason why “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, should be interpreted the same way as “Indians of the Province” in the NRTAs. In *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, this Court held that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, was broader than the NRTAs: the Métis are “Indians” under s. 91(24), but not under the NRTAs. The NRTAs, this Court explained, are “constitutional agreement[s], not the Constitution”, which requires “a completely different interpretive exercise” (para. 44).

(e) *The Presumption of Territoriality*

[43] The Crown notes that there is a presumption, rebuttable only by clear words or necessary implication, that legislation does not apply extraterritorially (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paras. 54-55). As a result, it argues, s. 35(1) should be presumed to apply only to groups within Canada, and nothing in the text rebuts that presumption. But the presumption has no effect here. Section 35(1) applies to groups outside of Canada only when claiming or exercising their rights within Canada. The presumption of territoriality does not preclude such application, any more than it precludes the application of

¹ *Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba)* (Schedule 1 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 11 and 13; *Natural Resources Transfer Agreement (Alberta)* (Schedule 2 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 10 and 12; *Natural Resources Transfer Agreement (Saskatchewan)* (Schedule 3 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 10 and 12.

soit [TRADUCTION] « les Indiens de la province » et [TRADUCTION] « les Indiens dans les limites de la province »¹. Dans l’arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, p. 101-102, la Cour a expliqué que la portée du premier libellé était plus étroite que celle du second, en ce sens que ce dernier comprenait les « Indiens » qui étaient de passage dans la province, et pas seulement ceux qui y résidaient habituellement. En toute déférence, rien ne justifie que l’expression « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doive être interprétée de la même manière que l’expression « Indiens de la province » figurant dans les CTRN. Dans l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, la Cour a conclu que la portée du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était plus large que celle des CTRN : les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), mais pas par les CTRN. Les CTRN, comme la Cour l’a expliqué, sont « [des] accord[s] de nature constitutionnelle, et non la Constitution », qui exigent « un exercice d’interprétation complètement différent » (par. 44).

e) *La présomption de territorialité*

[43] La Couronne fait remarquer qu’il existe une présomption, réfutable uniquement de façon explicite ou par déduction nécessaire, selon laquelle la loi n’a pas de portée extraterritoriale (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 54-55). Par conséquent, elle soutient que le par. 35(1) devrait être présumé ne s’appliquer qu’aux groupes se trouvant au Canada, et que rien dans le libellé ne réfute cette présomption. Mais la présomption n’a aucun effet ici. Le paragraphe 35(1) ne s’applique aux groupes se trouvant à l’extérieur du Canada que lorsqu’ils revendiquent ou exercent leurs droits au Canada. La

¹ *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)* (annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 11 et 13; *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta)* (annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12; *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan)* (annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12.

Canadian land laws to foreign owners of Canadian property.

(f) *Principles of Construction and the Aboriginal Perspective*

[44] Several interveners suggest that interpretive principles in favour of Aboriginal peoples are relevant here. Relatedly, Mr. Desautel and some interveners also suggest that Aboriginal perspectives should be taken into account in interpreting s. 35(1).

[45] The relevant interpretive principle is that, in interpreting s. 35(1), any doubt or ambiguity should be resolved in favour of Aboriginal peoples (*Van der Peet*, at para. 25; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36). In my view, this principle does not help settle the question at issue here. A principle that ambiguities should be resolved in favour of Aboriginal peoples does not determine who those very Aboriginal peoples are. To attempt to use the principle in this way would be circular.

[46] That said, Mr. Desautel and several interveners explain that Aboriginal perspectives involve a strong connection to ancestral territory, even where the Aboriginal group has been dispossessed of that territory, or where the territory is now divided by international borders. As this Court held in *Sparrow*, at p. 1112, it is “crucia[il] to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake”. Therefore, “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives” (*Van der Peet*, at para. 49, citing M. Walters, “British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*” (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350, at p. 413; see also J. Borrows, “Creating an Indigenous Legal Community” (2005), 50 *McGill L.J.* 153, at p. 173). This perspective confirms the interpretation of s. 35(1) which I set out above.

présomption de territorialité n’empêche pas une telle application, pas plus qu’elle n’empêche l’application des lois territoriales canadiennes aux propriétaires étrangers de biens canadiens.

f) *Les principes d’interprétation et la perspective autochtone*

[44] Plusieurs intervenants suggèrent que les principes d’interprétation en faveur des peuples autochtones sont pertinents ici. Dans le même ordre d’idées, M. Desautel et certains intervenants suggèrent également que les perspectives autochtones devraient être prises en compte dans l’interprétation du par. 35(1).

[45] Selon le principe d’interprétation pertinent, s’agissant du par. 35(1), tout doute ou ambiguïté doit être résolu en faveur des peuples autochtones (*Van der Peet*, par. 25; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36). À mon avis, ce principe n’aide pas à régler la question en l’espèce. Un principe selon lequel les ambiguïtés devraient être résolues en faveur des peuples autochtones ne permet pas de déterminer qui sont ces mêmes peuples autochtones. Tenter d’utiliser le principe de cette manière constituerait une démarche circulaire.

[46] Cela dit, M. Desautel et plusieurs intervenants expliquent que les perspectives autochtones supposent un lien fort avec le territoire ancestral, même lorsque le groupe autochtone a été dépossédé de ce territoire, ou lorsque le territoire est maintenant divisé par des frontières internationales. Comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1112, il est « crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause ». Par conséquent, « une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone] » (*Van der Peet*, par. 49, citant M. Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350, p. 413; voir aussi J. Borrows, « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153, p. 173). Ce point de vue confirme l’interprétation du par. 35(1) que j’ai exposée précédemment.

(4) Application

[47] I have concluded that the Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied what is now Canada at the time of European contact (subject to modifications that may be necessary in the case of the Métis). Where this is shown, the threshold question is met and the court ascertains the claimants' rights using the *Van der Peet* test. The threshold question remains relevant in future cases where the claimant group is outside Canada, as *Van der Peet* does not address the required link between the modern-day collective (outside Canada) and the historic collective (that was inside what is now Canada).

[48] In the present case, the trial judge found as a fact that the Sinixt had occupied territory in what is now British Columbia at the time of European contact. She also found that the Lakes Tribe were a modern successor of the Sinixt — leaving open the possibility that there may be others. I would defer to this factual finding. The migration of the Lakes Tribe from British Columbia to a different part of their traditional territory in Washington did not cause the group to lose its identity or its status as a successor to the Sinixt.

[49] This case does not require the Court to set out criteria for successorship of Aboriginal communities. This is a complex issue that should be dealt with on a fuller factual record, with the benefit of legal argument. For example, consideration would have to be given to the possibility that a community may split over time, or, that two communities may merge into one, as well as to the relative significance of factors such as ancestry, language, culture, law, political institutions and territory in connecting a modern community to its historical predecessor. Some of the difficulties here are brought out in the academic literature (see P. L. A. H. Chartrand, "Background", in P. L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and*

(4) Application

[47] J'ai conclu que les peuples autochtones du Canada, au sens du par. 35(1), sont les successeurs contemporains des peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada au moment du contact avec les Européens (sous réserve des modifications qui peuvent être nécessaires dans le cas des Métis). Une fois cela établi, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative et le tribunal vérifie les droits des demandeurs en appliquant le critère de l'arrêt *Van der Peet*. La question préliminaire demeure pertinente à l'avenir dans des affaires où le groupe demandeur se trouve à l'extérieur du Canada, puisque l'arrêt *Van der Peet* ne porte pas sur le lien qui doit exister entre le groupe contemporain (se trouvant à l'extérieur du Canada) et le groupe historique (qui se trouvait à l'intérieur du territoire qui est maintenant le Canada).

[48] En l'espèce, la juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens. Elle a également conclu que la Lakes Tribe était un successeur contemporain des Sinixt, laissant ouverte la possibilité qu'il y en ait d'autres. Je m'en remets à cette conclusion factuelle. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt.

[49] La présente affaire n'oblige pas la Cour à établir des critères concernant la succession des communautés autochtones. Il s'agit d'une question complexe qui devrait être traitée sur la base d'un dossier factuel plus étoffé, avec l'apport d'arguments juridiques. Par exemple, il faudrait tenir compte de la possibilité qu'une communauté se scinde au fil du temps, ou que deux communautés fusionnent en une seule, ainsi que de l'importance relative de facteurs tels que l'ascendance, la langue, la culture, le droit, les institutions politiques et le territoire pour relier une communauté contemporaine à son prédécesseur historique. Certaines des difficultés sont mises en évidence dans la doctrine (voir P. L. A. H. Chartrand, « Background », dans

Jurisdiction (2002), 27; R. K. Groves, “The Curious Instance of the Irregular Band: A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy” (2007), 70 *Sask. L.R.* 153; and B. Olthuis, “The Constitution’s Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 54 *McGill L.J.* 1).

B. *The Test for Aboriginal Rights*

[50] Having found that the Lakes Tribe is an Aboriginal people of Canada, the next question is whether Mr. Desautel’s claim satisfies the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1). As I will explain, the test for Aboriginal rights for groups outside Canada is the same as the test for groups within Canada, and the trial judge did not err in finding that the test was satisfied here.

(1) The *Van der Peet* Test

[51] The analysis under *Van der Peet* was restated by this Court in *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 46:

- (a) Characterize the right claimed in light of the pleadings and evidence (*Van der Peet*, at para. 53; *Gladstone*, at para. 24; *Mitchell* at paras. 14-19).
- (b) Determine whether the claimant has proven that a relevant pre-contact practice, tradition or custom existed and was integral to the distinctive culture of the pre-contact society (*Van der Peet*, at para. 46; *Mitchell*, at para. 12; *Sappier*, at paras. 40-45).
- (c) Determine whether the claimed modern right is “demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice” (*Lax Kw’alaams*, at para. 46).

P. L. A. H. Chartrand, dir., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction* (2002), 27; R. K. Groves, « The Curious Instance of the Irregular Band : A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy » (2007), 70 *Sask. L.R.* 153; et B. Olthuis, « The Constitution’s Peoples : Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 54 *R.D. McGill* 1).

B. *Le critère relatif aux droits ancestraux*

[50] Après avoir conclu que la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada, la question qui se pose est de savoir si la revendication de M. Desautel satisfait au critère de *Van der Peet* concernant l’existence d’un droit ancestral en vertu du par. 35(1). Comme je l’expliquerai, le critère relatif aux droits ancestraux applicable à l’égard des groupes se trouvant à l’extérieur du Canada est le même que celui qui s’applique à l’endroit des groupes se trouvant au Canada, et la juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le critère était rempli en l’espèce.

(1) Le critère de *Van der Peet*

[51] La démarche de l’arrêt *Van der Peet* a été reprise par la Cour dans *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 46 :

- a) déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué (*Van der Peet*, par. 53; *Gladstone*, par. 24; *Mitchell*, par. 14-19).
- b) déterminer si le demandeur a établi l’existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 46; *Mitchell*, par. 12; *Sappier*, par. 40-45).
- c) déterminer si le droit contemporain revendiqué est « manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique » (*Lax Kw’alaams*, par. 46).

[52] This analysis has been elaborated in detail in this Court’s jurisprudence. For present purposes, it will suffice to comment on the role of continuity in the analysis. Continuity is about whether a modern practice is a continuation of a historic practice. It is different from the threshold question discussed earlier, about whether a modern group is a successor of a historic group. It plays a role both at the second and the third stages of the *Van der Peet* analysis.

[53] At the second stage of the *Van der Peet* analysis, continuity can play a role in proof. Showing that a practice is integral to the claimant’s culture today, and that it has continuity with pre-contact times, can count as proof that the practice was integral to the claimant’s culture pre-contact (*Van der Peet*, at paras. 62-63; *Gladstone*, at para. 28; *Delgamuukw*, at para. 152; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 45). As Kent McNeil explains, “continuity of this sort has to be shown only when Aboriginal peoples rely on post-sovereignty occupation or post-contact practices, customs, and traditions as evidence of their pre-sovereignty occupation or pre-contact practices, customs, and traditions” (“Continuity of Aboriginal Rights”, in K. Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions* (2004), 127, at p. 138).

[54] At the third stage, the question is whether the modern practice which is claimed to be an exercise of an Aboriginal right is connected to, and reasonably seen as a continuation of, the pre-contact practice. At this stage, continuity with the pre-contact practice is required in order for the claimed activity to fall within the scope of the right. It serves to avoid frozen rights, allowing the practice to evolve into modern forms (*Van der Peet*, at para. 64; *Mitchell*, at para. 13). The right claimed “must be allowed to evolve”, because “[i]f aboriginal rights are not

[52] Cette démarche a été élaborée plus en détail dans la jurisprudence de la Cour. Pour les besoins de l’espèce, il suffira de faire des commentaires sur le rôle de la continuité dans cette démarche. Le critère de continuité consiste à déterminer si une pratique contemporaine s’inscrit dans la continuité d’une pratique historique. Cela diffère de la question préliminaire examinée précédemment, à savoir si un groupe contemporain est le successeur d’un groupe historique. Cela est pertinent tant à la deuxième qu’à la troisième étape de l’analyse retenue dans l’arrêt *Van der Peet*.

[53] À la deuxième étape du critère établi dans *Van der Peet*, la continuité peut jouer un rôle en matière de preuve. Le fait de démontrer qu’une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu’elle s’inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact (*Van der Peet*, par. 62-63; *Gladstone*, par. 28; *Delgamuukw*, par. 152; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 45). Comme l’a expliqué Kent McNeil, [TRADUCTION] « une telle continuité ne doit être démontrée que lorsque les peuples autochtones s’appuient sur l’occupation post-souveraineté ou les pratiques, coutumes et traditions post-contact comme preuve de leur occupation pré-souveraineté ou de leurs pratiques, coutumes et traditions pré-contact » (« Continuity of Aboriginal Rights », dans K. Wilkins, dir., *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions* (2004), 127, p. 138).

[54] À la troisième étape, il s’agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu’elle constitue l’exercice d’un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s’inscrivant dans la continuité de celle-ci. À cette étape, la continuité avec la pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l’activité alléguée d’entrer dans le champ d’application du droit. Cette démarche sert à éviter que les droits soient figés et permet à la pratique d’évoluer en des formes contemporaines (*Van*

permitted to evolve and take modern forms, then they will become utterly useless” (*Sappier*, at paras. 48-49).

[55] I would emphasize that the assessment of continuity, both at the second and third stages, is a highly fact-specific exercise. As McLachlin C.J. wrote in *Mitchell*, at para. 36, the weighing of evidence in Aboriginal claims “is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented, and is consequently accorded significant latitude in this regard” (see also *Côté*, at para. 59).

(2) The Attorney General of Canada’s Proposed Framework

[56] The intervener Attorney General of Canada submits that the proper approach to determine under what circumstances an Aboriginal claimant located outside Canada can claim rights under s. 35(1) is a contextual one. In particular, it would require non-resident rights claimants to find a connection with a contemporary Aboriginal collective residing in Canada, and to obtain recognition and authorization by that collective to exercise the claimed s. 35(1) rights. The proposed test draws on *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, and on the jurisprudence on sheltering rights. As I will explain, I would not give effect to this proposal.

[57] In *Powley*, the Court modified, though it did not overrule, the *Van der Peet* test to accommodate the particular situation of the Métis (see paras. 14 and 18). It also offered some comments on how courts can determine membership in the Métis community in the absence of formalized procedures (para. 29). Importantly, these comments were not about *who* is an “aboriginal peopl[e] of Canada” under s. 35(1), but rather about *how* courts can identify Métis individuals. The Court noted that “groups of Métis have

der Peet, par. 64; *Mitchell*, par. 13). Le droit revendiqué « doit être autorisé à évoluer », parce que « [s]i l’on ne permet pas aux droits ancestraux d’évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles » (*Sappier*, par. 48-49).

[55] Je tiens à souligner que l’examen de la continuité, tant à la deuxième qu’à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué dans l’arrêt *Mitchell*, au par. 36, l’appréciation de la preuve présentée à l’appui de revendications autochtones « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard » (voir aussi *Côté*, par. 59).

(2) Le cadre d’analyse proposé par le procureur général du Canada

[56] L’intervenant le procureur général du Canada soutient que l’approche à privilégier pour déterminer dans quelles circonstances un demandeur autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada peut revendiquer des droits visés au par. 35(1) en est une contextuelle. En particulier, elle exigerait que les non-résidents revendiquant des droits trouvent un lien avec une communauté autochtone contemporaine résidant au Canada, et obtiennent la reconnaissance et l’autorisation de cette communauté pour exercer les droits revendiqués visés au par. 35(1). Le critère proposé s’inspire de l’arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, et de la jurisprudence sur les droits en matière de bénéfice latéral. Comme je vais l’expliquer, je ne donnerais pas suite à cette proposition.

[57] Dans l’arrêt *Powley*, la Cour a modifié, sans toutefois l’écarter, le critère de *Van der Peet* pour tenir compte de la situation particulière des Métis (voir par. 14 et 18). Elle a également formulé des commentaires sur la manière dont les tribunaux peuvent déterminer l’appartenance à une communauté métisse en l’absence de procédures formelles (par. 29). Il est important de préciser que ces commentaires ne portaient pas sur *qui* est un « peupl[e] autochton[e] du Canada » au sens du par. 35(1), mais plutôt sur

often lacked political structures and have experienced shifts in their members' self-identification" (para. 23), such that "determining membership in the Métis community might not be as simple as verifying membership in . . . an Indian band" (para. 29). The Court in *Powley* suggested that an individual who self-identified as Métis also needed to show a link to a historic Métis community and acceptance by a modern successor of that community. This reflected the fact that not all people with both First Nations and European ancestry are Métis.

[58] The idea of "sheltering" emerges from case law concerning "whether an Aboriginal person can lawfully 'shelter' under a treaty he is not a signatory to" (*R. v. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585, at para. 2; *R. v. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575, at paras. 1-2). In these cases, the Ontario Court of Appeal held that Aboriginal people from other communities can exercise treaty rights only if they have the permission or consent of the community that is a signatory to the treaty (*Shipman*, at paras. 41-46), or as a result of marriage and acceptance in that community (*Meshake*, at paras. 31-33). As this makes clear, the idea of sheltering arises from the specific context of treaty rights.

[59] The Attorney General of Canada proposes that we adapt the *Powley* and sheltering frameworks to govern the situation of Aboriginal rights claimants outside Canada. In my view, there is no need to do so in this case. I certainly accept that Aboriginal rights must be grounded in the existence of a historic and present-day community (*Powley*, at para. 24). As this Court wrote in *Marshall*, at para. 67, "[m]odern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely". But this is so for Aboriginal groups inside or outside Canada. It does not support an additional

comment les tribunaux peuvent identifier les Métis. La Cour a souligné que « souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis » (par. 23), de sorte que « [d]éterminer l'appartenance à la communauté métisse n'est peut-être pas aussi simple que vérifier [. . .] l'appartenance à une bande indienne » (par. 29). Dans l'arrêt *Powley*, la Cour a fait remarquer qu'une personne qui s'identifiait comme Métis devait également démontrer un lien avec une communauté métisse historique, et l'acceptation par un successeur contemporain de cette communauté. Cela reflétait le fait que ce ne sont pas toutes les personnes qui ont à la fois des ancêtres des Premières Nations et des ancêtres européens qui sont des Métis.

[58] Le concept de [TRADUCTION] « bénéfice latéral » découle de la jurisprudence concernant [TRADUCTION] « la question de savoir si un Autochtone peut légalement "obtenir un bénéfice latéral" en vertu d'un traité dont il n'est pas signataire » (*R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585, par. 2; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575, par. 1-2). Dans ces arrêts, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les Autochtones d'autres communautés ne peuvent exercer des droits issus de traités que s'ils ont la permission ou le consentement de la communauté signataire du traité (*Shipman*, par. 41-46), ou à la suite d'un mariage et d'une acceptation dans cette communauté (*Meshake*, par. 31-33). Il est donc clair que l'idée d'un bénéfice latéral découle du contexte précis des droits issus de traités.

[59] Le procureur général du Canada propose que nous adaptions le cadre de *Powley* et le concept du bénéfice latéral pour régir la situation des revendicateurs de droits ancestraux se trouvant à l'extérieur du Canada. À mon avis, il est inutile de le faire en l'espèce. Je reconnais certainement que les droits ancestraux doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante (*Powley*, par. 24). Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Marshall*, au par. 67, « les revendicateurs actuels doivent [. . .] démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté

requirement, for groups outside Canada, of recognition by a related Aboriginal collective residing in Canada.

[60] This requirement would place a higher burden on Aboriginal communities who seek to claim rights if the group moved, was forced to move, or was divided by the creation of an international border between Canada and the United States. It would risk defining Aboriginal rights “in a manner which excludes some of those the provision was intended to protect” (*R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 27). Moreover, it would raise myriad practical difficulties, such as which group within Canada has a say in the recognition of a claimant located outside Canada, where there are competing groups (*Hwlitsum First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91), which body can represent a collective residing in Canada (*Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151), and what happens if there is no related modern collective residing in Canada.

[61] For these reasons, the test for an Aboriginal right is the same whether the claimant is inside or outside Canada.

(3) Application

[62] In the present case, the Aboriginal right claimed is a right to hunt for food, social and ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia. The trial judge found, based on the evidence before her, that at the time of contact this practice was integral to the distinctive culture of the Sinixt. She also found that the modern-day practice of hunting in this territory, as Mr. Desautel did, is a continuation of this pre-contact practice. Indeed, setting aside the periods in

dont ils invoquent les pratiques ». Or, il en est ainsi tant pour les groupes autochtones se trouvant à l’intérieur du Canada que pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada. Cela ne justifie pas une exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada.

[60] Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s’est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d’une frontière internationale entre le Canada et les États-Unis. Cela risquerait de définir les droits ancestraux « d’une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger » (*R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 27). De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d’un demandeur se trouvant à l’extérieur du Canada lorsqu’il existe des groupes concurrents (*Hwlitsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91), quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada (*Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151), et quelles sont les conséquences de l’absence d’une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

[61] Pour ces motifs, le critère relatif à un droit ancestral demeure le même, que le demandeur se trouve au Canada ou à l’extérieur du pays.

(3) Application

[62] En l’espèce, le droit ancestral revendiqué est un droit de chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. La juge de première instance a conclu, sur la base des éléments de preuve dont elle disposait, qu’au moment du contact, cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sinixt. Elle a également conclu que la pratique contemporaine de la chasse sur ce territoire, telle que l’a exercée M. Desautel, s’inscrit dans la continuité

which no hunting took place, there was no significant dissimilarity between the pre-contact practice and the modern one (as there was, for example, in *Lax Kw'alaams*). As a result, she found that Mr. Desautel was exercising an Aboriginal right.

[63] The Crown and the intervener Attorney General of Alberta submit that this was an error, because continuity requires an ongoing presence in the lands over which an Aboriginal right is asserted. As my discussion of continuity should make clear, this has never been part of the test for an Aboriginal right. Nor is there any basis for adding it to the test, even where the claimant is outside Canada. As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, at para. 65, “an unbroken chain of continuity” is not required. Indeed, as McLachlin J. (dissenting, but not on this point) noted in *Van der Peet*, at para. 249, “it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time”.

[64] In effect, we are asked to hold that an Aboriginal right can be lost or abandoned by non-use: a proposition that Lamer C.J. left undecided in *Van der Peet*, at para. 63. Would accepting this proposition risk “undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers” (*Côté*, at para. 53; see also McNeil, at pp. 133-35)? It is better not to decide the issue here, as it does not arise in light of the factual findings of the trial judge. The law should be developed through cases where determination of such issues is required, where there is an adequate evidentiary basis, and where the issues are the subject of full submissions and thorough consideration at trial and at the appellate level.

C. *Sovereign Incompatibility*

[65] The Crown submits that even if Mr. Desautel's claim would otherwise meet the test for an Aboriginal right, this right is incompatible with Canadian

de la pratique précontact. En effet, mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine (comme c'était le cas, par exemple, dans *Lax Kw'alaams*). Par conséquent, elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral.

[63] La Couronne et l'intervenant le procureur général de l'Alberta soutiennent que c'était une erreur, car la continuité exige une présence continue sur les terres où un droit ancestral est revendiqué. Comme mon exposé sur la continuité vient le préciser, cela n'a jamais fait partie du critère relatif à un droit ancestral. Rien ne justifie non plus de l'ajouter au critère, même lorsque le demandeur se trouve à l'extérieur du Canada. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Van der Peet*, au par. 65, « le concept de continuité n'exige pas [...] la preuve d'une continuité parfaite ». En effet, comme l'a signalé la juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point), au par. 249 de l'arrêt *Van der Peet*, « il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps ».

[64] En fait, on nous demande de conclure qu'un droit ancestral peut être perdu ou abandonné du fait de son non-exercice, une proposition sur laquelle le juge en chef Lamer n'a pas statué dans l'arrêt *Van der Peet*, par. 63. Accepter cette proposition risquerait-il de « saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*Côté*, par. 53; voir aussi McNeil, p. 133-135)? Il est préférable de ne pas trancher la question en l'espèce, car elle ne se pose pas à la lumière des conclusions de fait de la juge de première instance. Le droit devrait être développé par des affaires où il est nécessaire de trancher ces questions, où il existe des éléments de preuve suffisants et où les questions font l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

C. *L'incompatibilité avec la souveraineté*

[65] La Couronne soutient que même si la revendication de M. Desautel répondait par ailleurs au critère relatif à un droit ancestral, ce droit est incompatible

sovereignty because the right encompasses other rights necessary for its meaningful exercise, which means a right to cross the Canada-U.S. border. This submission is supported by the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick and the Attorney General of Alberta. As a result, the Crown argues, Mr. Desautel's right to hunt never came into existence.

[66] I am of the view that, *unlike* the right claimed in *Mitchell*, the very purpose of the right claimed by Mr. Desautel is not to cross the border. The mobility right, if it exists, is incidental in this case. Sovereign incompatibility would relate solely to the issue of whether there can be an Aboriginal right to enter Canada — an issue that is not raised here, because Mr. Desautel was not denied entry to Canada. Moreover, this issue was not fully addressed by the courts below. Therefore, the question of whether the appropriate framework is sovereign incompatibility or infringement/justification under *Sparrow* should be left for another day, when the Court has a proper set of facts to answer the question.

D. *Common Law Aboriginal Rights*

[67] The Crown contends that while Mr. Desautel cannot have a s. 35(1) Aboriginal right, because he is not a member of an Aboriginal people of Canada, he can still have common law Aboriginal rights, albeit these rights would not constitute a defence to the regulatory charges against him. Recognizing common law Aboriginal rights alongside s. 35(1) Aboriginal rights would introduce additional difficulties. In particular, the Crown seems to assume that the test for a common law Aboriginal right would be the same as the test for a s. 35(1) Aboriginal right, that is, the *Van der Peet* test. But this is far from clear.

[68] Before 1982, common law Aboriginal rights were recognized in Canada under British imperial law (*Calder*, at pp. 328 and 402; *Mitchell*, at

avec la souveraineté canadienne, parce qu'il englobe d'autres droits nécessaires à son exercice effectif, notamment le droit de traverser la frontière canado-américaine. Cette observation reçoit l'appui du procureur général du Québec, du procureur général du Nouveau-Brunswick et du procureur général de l'Alberta. Par conséquent, selon la Couronne, le droit de chasse de M. Desautel n'a jamais existé.

[66] Je suis d'avis que, *contrairement* au droit revendiqué dans l'affaire *Mitchell*, l'objet même du droit revendiqué par M. Desautel n'est pas de traverser la frontière. Le droit de circulation, s'il existe, est accessoire en l'espèce. L'incompatibilité avec la souveraineté ne porterait que sur la question de savoir s'il peut y avoir un droit ancestral d'entrer au Canada — une question qui n'est pas soulevée en l'espèce, car M. Desautel ne s'est pas vu refuser l'entrée au Canada. De plus, cette question n'a pas été examinée de manière exhaustive par les tribunaux d'instance inférieure. Par conséquent, la question de savoir quel est le cadre pertinent, à savoir l'incompatibilité avec la souveraineté ou la violation/justification relativement à l'arrêt *Sparrow*, devrait être tranchée à une autre occasion, où la Cour dispose d'un ensemble de faits adéquat pour y répondre.

D. *Les droits ancestraux en common law*

[67] La Couronne soutient que même si M. Desautel ne peut posséder un droit ancestral visé au par. 35(1), parce qu'il n'est pas membre d'un peuple autochtone du Canada, il peut néanmoins avoir des droits ancestraux en common law, même si ces droits ne constituent pas une défense contre les accusations d'infractions réglementaires portées contre lui. Reconnaître les droits ancestraux existant en common law en parallèle avec ceux visés au par. 35(1) poserait des difficultés supplémentaires. En particulier, la Couronne semble présumer que le critère relatif à un droit ancestral en common law serait le même que celui relatif à un droit ancestral visé au par. 35(1), c'est-à-dire le critère de *Van der Peet*. Mais cela est loin d'être clair.

[68] Avant 1982, les droits ancestraux de common law étaient reconnus au Canada par le droit impérial britannique (*Calder*, p. 328 et 402; *Mitchell*,

paras. 62-64). Under the imperial doctrine of succession, when Britain took possession of a new territory, the laws in force in that territory were presumed to continue (subject to some exceptions). This doctrine was not limited to practices, traditions or customs that were “integral to the distinctive culture” of the Aboriginal people, as in *Van der Peet*. This suggests, on the one hand, that the test for a common law right may be met even where the *Van der Peet* test is not.

[69] On the other hand, this Court has held that the existence of a common law Aboriginal right is sufficient to ground a s. 35(1) right (*Delgamuukw*, at para. 136). Recognizing common law Aboriginal rights alongside s. 35(1) rights would require the Court to resolve this apparent tension. As Richard Ogden writes,

while a legal historian might one day accept that the effect of the *Van der Peet* trilogy was to create a new test, and a new doctrine, the Supreme Court has stated that the doctrine which gives rise to section 35 rights is the same doctrine that gave rise to common law Aboriginal rights.

(“Existing’ Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 88 *Can. Bar Rev.* 51, at p. 84; see also G. Otis, “Le titre aborigène: émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?” (2005), 46 *C. de D.* 795, at p. 800.)

[70] However, in light of my conclusion that Mr. Desautel has a s. 35(1) Aboriginal right to hunt in the ancestral territory of the Sinixt in British Columbia, it is not necessary to address this matter here.

E. *The Consequences of This Decision*

[71] The Crown and several attorneys general raised concerns about the possible consequences of groups like the Lakes Tribe being held to be Aboriginal peoples of Canada. In this section, I explain why these concerns do not justify any change to the law as set out in these reasons. While Aboriginal

par. 62-64). Selon la doctrine impériale de la succession, lorsque la Grande-Bretagne prenait possession d’un nouveau territoire, les lois en vigueur dans ce territoire étaient présumées être maintenues (sous réserve de certaines exceptions). Cette doctrine ne se limitait pas aux pratiques, traditions ou coutumes qui faisaient « partie intégrante de la culture distinctive » des peuples autochtones, comme dans *Van der Peet*. Cela donne à penser, d’une part, que le critère relatif à un droit de common law peut être respecté même lorsque le critère de *Van der Peet* ne l’est pas.

[69] D’autre part, la Cour a conclu que l’existence d’un droit ancestral en common law est suffisante pour fonder un droit visé au par. 35(1) (*Delgamuukw*, par. 136). La reconnaissance des droits ancestraux en common law en parallèle avec les droits visés au par. 35(1) obligerait la Cour à résoudre cette tension apparente. Comme l’écrit Richard Ogden :

[TRADUCTION] [B]ien qu’un historien juridique puisse un jour accepter que la trilogie de *Van der Peet* ait eu pour effet de créer un nouveau critère et une nouvelle doctrine, la Cour suprême a déclaré que la doctrine qui donne naissance aux droits visés à l’article 35 est la même que celle qui a donné naissance aux droits autochtones en common law.

(« “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *R. du B. can.* 51, p. 84; voir aussi G. Otis, « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795, p. 800.)

[70] Cependant, à la lumière de ma conclusion selon laquelle M. Desautel a un droit ancestral au sens du par. 35(1) de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique, il n’est pas nécessaire d’aborder cette question en l’espace.

E. *Les conséquences de la présente décision*

[71] La Couronne et plusieurs procureurs généraux ont exprimé des inquiétudes au sujet des conséquences possibles de la reconnaissance de groupes comme la Lakes Tribe en tant que peuples autochtones du Canada. Dans cette partie, j’expliquerai pourquoi ces préoccupations ne justifient pas une

communities outside Canada can assert and hold s. 35(1) rights, it does not follow that their rights are the same as those of communities within Canada. While the test for an Aboriginal right is the same, the different circumstances of communities outside Canada may lead to different results.

(1) The Duty to Consult

[72] The duty to consult “arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it” (*Haida*, at para. 35). In other words, three conditions must exist for the duty to arise: actual or constructive knowledge, contemplated Crown conduct and a potential adverse effect on an Aboriginal or treaty right. The requirement of actual or constructive knowledge was clarified in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 40:

Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted. Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. [Citations omitted.]

[73] As I will explain, given the requirement of actual or constructive knowledge, the duty to consult may well operate differently as regards those outside Canada.

[74] Given the long history of Crown-Aboriginal relations in Canada, the Crown will often be aware of the existence of Aboriginal groups within Canada and may have some sense of their claims. The situation is different when it comes to Aboriginal groups

modification du droit en la matière tel qu’il est exposé dans les présents motifs. Si les communautés autochtones à l’extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s’ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada. Bien que le critère relatif à un droit ancestral soit le même, les situations particulières des communautés se trouvant à l’extérieur du Canada peuvent mener à des résultats différents.

(1) L’obligation de consulter

[72] L’obligation de consulter « prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (*Nation haïda*, par. 35). En d’autres termes, trois conditions doivent être réunies pour que l’obligation prenne naissance : la connaissance réelle ou imputée, une mesure envisagée de la Couronne et un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traité. L’exigence de la connaissance réelle ou imputée a été expliquée dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 40 :

Il y a connaissance réelle lorsqu’une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu’un droit issu de traité peut être touché. Il y a connaissance par imputation lorsque l’on sait ou que l’on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l’on peut raisonnablement prévoir qu’il y aura une incidence sur des droits. [Références omises.]

[73] Comme je l’expliquerai, étant donné l’exigence d’une connaissance réelle ou imputée, l’obligation de consulter pourrait fort bien fonctionner différemment en ce qui concerne les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada.

[74] Étant donné la longue histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones au Canada, la Couronne connaît souvent l’existence des groupes autochtones se trouvant au Canada, et peut avoir une idée de leurs revendications. La situation est

outside of Canada. In the absence of some historical interaction with them, the Crown may not know, or have any reason to know, that they exist, let alone that they have potential rights within Canadian territory.

[75] There is no freestanding duty on the Crown to seek out Aboriginal groups, including those outside Canada, in the absence of actual or constructive knowledge of a potential impact on their rights. In the absence of such knowledge, the Crown is free to act. It is for the groups involved to put the Crown on notice of their claims (*Native Council of Nova Scotia v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583, at para. 59).

[76] Once the Crown is put on notice, however, it has to determine whether a duty to consult arises and, if so, what the scope of the duty is. As I mentioned earlier, consultation is part of a “process of fair dealing and reconciliation” which “arises . . . from the Crown’s assertion of sovereignty” (*Haida*, at para. 32). Because groups outside Canada are not implicated in this process to the same degree, the scope of the Crown’s duty to consult with them, and the manner in which it is given effect, may differ. Integrating groups outside Canada into consultations by the Crown with groups inside Canada may involve discussions within Aboriginal communities and with the Crown. While the consultation process may be more challenging when it involves groups outside Canada, as this Court said in *Powley*, at para. 49, “the difficulty of identifying members of the [Aboriginal] community must not be exaggerated as a basis for defeating their rights under the Constitution of Canada”.

différente lorsqu’il s’agit de groupes autochtones se trouvant à l’extérieur du Canada. En l’absence d’une interaction historique avec eux, la Couronne peut ne pas savoir, ou n’avoir aucune raison de savoir, qu’ils existent, et encore moins qu’ils ont des droits éventuels sur le territoire canadien.

[75] La Couronne n’a pas l’obligation indépendante de rechercher des groupes autochtones, y compris à l’extérieur du Canada, en l’absence de connaissance réelle ou imputée de répercussions potentielles sur leurs droits. En l’absence d’une telle connaissance, la Couronne est libre d’agir. Il appartient aux groupes concernés de notifier la Couronne de leurs revendications (*Native Council of Nova Scotia c. Canada (Attorney General)*, 2008 CAF 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583, par. 59).

[76] Cependant, une fois que la Couronne est avisée, elle doit déterminer si une obligation de consulter prend naissance et, dans l’affirmative, quelle est la portée de cette obligation. Comme je l’ai déjà dit, la consultation fait partie intégrante du « processus de négociation honorable et de conciliation », qui « tire son origine de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté » (*Nation haïda*, par. 32). Comme les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada n’interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l’obligation de les consulter, et la façon d’exécuter cette obligation, peuvent différer. L’intégration de groupes se trouvant à l’extérieur du Canada dans les consultations menées par la Couronne avec des groupes se trouvant au Canada peut impliquer des discussions au sein des communautés autochtones et avec la Couronne. Bien que le processus de consultation puisse être plus difficile lorsqu’il concerne des groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, comme l’a dit la Cour dans l’arrêt *Powley*, au par. 49, « il ne faut pas exagérer la difficulté d’identifier les membres de la communauté [autochtone] pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution du Canada ».

(2) Justifying Infringements of Aboriginal Rights

[77] The fact that an Aboriginal group is outside Canada is relevant to the *Sparrow* test for justifying an infringement of an Aboriginal or treaty right.

[78] This Court has emphasized the role of context in determining whether an infringement of an Aboriginal right is justified. In *Sparrow*, at p. 1111, the Court noted “the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1)”, writing that “in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.” This point was applied in *Gladstone*, at para. 56, where Lamer C.J. wrote that

the framework for analysing aboriginal rights laid out in *Sparrow* depends to a considerable extent on the legal and factual context of that appeal. In this case, where . . . the context varies significantly from that in *Sparrow*, it will be necessary to revisit the *Sparrow* test and to adapt the justification test it lays out . . .

[79] The fact that the holder of an Aboriginal right is located outside of Canada is a feature of the context that may be taken into account in the justification analysis. The government’s power to infringe Aboriginal rights reflects the fact that “rights do not exist in a vacuum” (*R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, at para. 92). Rather, Aboriginal peoples are part of “a broader social, political and economic community” whose interests may, where sufficiently important, justify infringement of Aboriginal rights (*Gladstone*, at para. 73). In sum, justifying an infringement involves reconciling the interests of an Aboriginal people with the interests of the broader community of which it is a part (*Tsilhqot’in*, at para. 118). The extent to which the fact that the holder of the Aboriginal right is an Aboriginal people located outside this broader community makes a difference in the justification analysis is another issue better determined

(2) La justification d’atteintes à des droits ancestraux

[77] Le fait qu’un groupe autochtone se trouve à l’extérieur du Canada est pertinent au regard du critère de l’arrêt *Sparrow* pour justifier une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité.

[78] La Cour a souligné le rôle du contexte pour déterminer si une atteinte à un droit ancestral est justifiée. Dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1111, la Cour a signalé « l’importance du contexte et d’un examen cas par cas » concernant le par. 35(1), écrivant que « compte tenu surtout des complexités que présentent l’histoire, la société et les droits des Autochtones, les limites d’une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas. » Ce principe a été appliqué dans l’arrêt *Gladstone*, au par. 56, où le juge en chef Lamer a affirmé que

l’application du cadre d’analyse des droits ancestraux établi dans *Sparrow*, est dans une large mesure fonction du contexte juridique et factuel de cet arrêt. Dans le présent pourvoi, [. . .] comme le contexte diffère considérablement de celui de l’affaire *Sparrow*, il sera nécessaire de réexaminer le critère établi dans cet arrêt et d’adapter le critère de la justification qui y est énoncé . . .

[79] Le fait que le titulaire d’un droit ancestral se trouve à l’extérieur du Canada est une caractéristique du contexte qui peut être prise en compte dans l’analyse de la justification. Le pouvoir du gouvernement de porter atteinte aux droits ancestraux témoigne du fait que « les droits n’existent pas dans l’abstrait » (*R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 92). Les peuples autochtones font plutôt partie d’« une communauté sociale, politique et économique plus large » dont les intérêts peuvent, lorsqu’ils sont suffisamment importants, justifier une atteinte aux droits ancestraux (*Gladstone*, par. 73). En somme, justifier une atteinte suppose de concilier les intérêts d’un peuple autochtone avec les intérêts de la communauté plus large dont il fait partie (*Tsilhqot’in*, par. 118). La mesure dans laquelle le fait que le titulaire du droit ancestral est un peuple autochtone extérieur à cette communauté

where on the facts this is required, where there is an adequate evidentiary basis, and where the issues are the subject of full submissions and thorough consideration at trial and at the appellate level.

(3) Aboriginal Title

[80] The present case involves an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes. It does not involve a claim for Aboriginal title. Aboriginal title is not a right to carry out an activity, but a right to the land itself (*Delgamuukw*, at paras. 137-41). While the test for Aboriginal title has the same basic structure as the test for other Aboriginal rights, it also has some important differences (paras. 144-45 and 150-51). First, unlike other Aboriginal rights, the historic date for proof of Aboriginal title is the date of Crown sovereignty, not the date of contact. Second, while other Aboriginal rights require proving that a practice was integral to the distinctive culture of the Aboriginal society, Aboriginal title requires proof of exclusive occupation of territory, without any additional need to show that this occupation was culturally integral.

[81] Given these special features of the test for Aboriginal title, and given that the present case does not involve a title claim, I would leave for another day the differences that may exist between the test for Aboriginal title claims by Aboriginal peoples within Canada and the test for such claims by peoples outside Canada.

(4) Modern Treaties

[82] Some modern treaties make provision for Aboriginal individuals who are not Canadian citizens

élargie influe sur l'analyse de la justification est une autre question qui serait mieux tranchée si les faits l'exigeaient, s'il existait des éléments de preuve suffisants et si les questions faisaient l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

(3) Le titre ancestral

[80] Le présent dossier concerne un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Il n'y est pas question de la revendication d'un titre ancestral. Un titre ancestral n'est pas un droit d'exercer une activité, mais un droit au territoire lui-même (*Delgamuukw*, par. 137-141). Si le critère relatif à un titre ancestral a la même structure de base que le critère relatif aux autres droits des Autochtones, il présente également quelques différences importantes (par. 144-145 et 150-151). Premièrement, contrairement à d'autres droits ancestraux, le moment pertinent pour établir l'existence d'un titre ancestral est celui de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et non le moment du premier contact. Deuxièmement, alors que dans le cas d'autres droits ancestraux il est nécessaire de prouver qu'une pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, dans le cas du titre ancestral il faut faire la preuve de l'occupation exclusive d'un territoire, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que cette occupation faisait partie intégrante de la culture.

[81] Compte tenu de ces caractéristiques particulières au critère relatif au titre ancestral, et étant donné que la présente affaire ne porte pas sur une revendication de titre, je suis d'avis de reporter à une autre occasion la détermination des différences qui peuvent exister entre le critère relatif aux revendications de titre ancestral par des peuples autochtones se trouvant au Canada et le critère relatif à ces revendications par des peuples se trouvant à l'extérieur du Canada.

(4) Les traités modernes

[82] Certains traités modernes prévoient que des Autochtones qui ne sont pas des citoyens canadiens

to have treaty rights.² Other treaties exclude this possibility.³ The intervener Attorney General of the Yukon Territory asks us to be mindful of these treaties in deciding the present case. I agree that modern treaties, being the result of lengthy negotiations, should be considered with great respect (*Beckman*, at paras. 9-10 and 12, per Binnie J.; at paras. 111-12 and 203, per Deschamps J. (concurring); *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at paras. 1, 33 and 38). However, the content of these treaties does not determine the proper interpretation of “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1). Nor does the proper interpretation of “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1) undermine the rights set out in these modern treaties.

F. *The Vindication of Aboriginal Rights*

[83] As I mentioned at the outset of these reasons, beyond agreeing with Mr. Desautel on the central issue, I have said little more about what this means for the exercise of s. 35(1) Aboriginal rights. I end with some comments on the means available for the vindication of Aboriginal rights.

peuvent bénéficier de droits issus de traités². D’autres traités excluent cette possibilité³. Le procureur général du Territoire du Yukon nous demande de tenir compte de ces traités pour statuer sur la présente affaire. Je conviens que les traités modernes, qui sont le fruit de longues négociations, doivent être considérés avec beaucoup de respect (*Beckman*, par. 9-10 et 12, le juge Binnie; par. 111-112 et 203, la juge Deschamps (motifs concordants); *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, par. 1, 33 et 38). Toutefois, le contenu de ces traités ne dicte pas la juste interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). La juste interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) ne porte pas non plus atteinte aux droits énoncés dans ces traités modernes.

F. *La défense des droits ancestraux*

[83] Comme je l’ai mentionné au début des présents motifs, mis à part mon accord avec M. Desautel sur la question principale, j’ai fait peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l’exercice des droits ancestraux visés au par. 35(1). Je terminerai par quelques commentaires sur les moyens disponibles pour la défense de droits ancestraux.

² See for example: Carcross/Tagish First Nation Final Agreement (2005), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Kluane First Nation Final Agreement (2003), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Kwanlin Dun First Nation Final Agreement (2004), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Little Salmon/Carmacks First Nation Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Selkirk First Nation Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Ta’an Kwach’an Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Teslin Tlingit Council Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Tr’ondëk Hwëch’in Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.

³ See for example: Gwich’in Comprehensive Land Claim Agreement (1992), vol. 1, c. 4; Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (1993), vol. 1, c. 4.

² Voir par exemple : Entente définitive de la Première nation des Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Kwanlin Dun (2004), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Selkirk (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Ta’an Kwach’an (2001), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Tr’ondëk Hwëch’in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

³ Voir par exemple : Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich’in (1992), vol. 1, c. 4; Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.

(1) It Is for the Courts to Interpret Section 35(1)

[84] This Court has to be mindful of its proper role in the vindication of Aboriginal rights. As this Court held in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, “the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it”. The role of giving an authoritative interpretation of laws and of the Constitution belongs to the courts (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at pp. 808-9, no. X.11 and X.13).

[85] When the existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada were recognized and affirmed by the enactment of the *Constitution Act, 1982*, this gave rise to an obligation for the courts to “give effect to that national commitment” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall No. 2*”), at para. 45). As the majority of this Court recently confirmed in *Uashaunnuat*, at para. 24:

Although s. 35(1) recognizes and affirms “the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada”, defining those rights is a task that has fallen largely to the courts. The honour of the Crown requires a generous and purposive interpretation of this provision in furtherance of the objective of reconciliation. [Emphasis added, citation omitted.]

[86] In my view, the authoritative interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, is for the courts. It is for Aboriginal peoples, however, to define themselves and to choose by what means to make their decisions, according to their own laws, customs and practices.

(2) Negotiation Can Foster Reconciliation

[87] Negotiation has significant advantages for both the Crown and Aboriginal peoples as a way to obtain clarity about Aboriginal rights:

(1) Il appartient aux tribunaux d’interpréter le par. 35(1)

[84] La Cour doit être consciente du rôle qui lui revient dans la défense des droits ancestraux. Comme elle l’a déclaré dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169, « les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers ». Le rôle de donner une interprétation faisant autorité des lois et de la Constitution appartient aux tribunaux (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 808-809, n^o X.11 et X.13).

[85] Lorsque les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada ont été reconnus et confirmés par la promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela a donné naissance à l’obligation pour les tribunaux de « donner effet à cet engagement national » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall N^o 2* »), par. 45). Comme les juges majoritaires de la Cour l’ont récemment confirmé dans l’arrêt *Uashaunnuat*, au par. 24 :

Bien que le par. 35(1) reconnaisse et confirme « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada », la définition de ces droits incombe surtout aux tribunaux. L’honneur de la Couronne exige que cette disposition soit interprétée de façon libérale et téléologique en vue d’atteindre l’objectif de la réconciliation. [Je souligne, références omises.]

[86] À mon avis, l’interprétation faisant autorité du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* revient aux tribunaux. Il appartient toutefois aux peuples autochtones de se définir et de choisir par quels moyens prendre leurs décisions, conformément à leurs propres lois, coutumes et pratiques.

(2) La négociation peut favoriser la réconciliation

[87] La négociation, comme façon d’obtenir de la clarté quant aux droits ancestraux, comporte des avantages importants tant pour la Couronne que pour les peuples autochtones :

Negotiation . . . has the potential of producing outcomes that are better suited to the parties' interests, while the range of remedies available to a court is narrower. . . . The settlement of indigenous claims [has] an inescapable political dimension that is best handled through direct negotiation.

(S. Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013), at p. 139)

Negotiation also provides certainty for both parties (*Beckman*, at para. 109, per Deschamps J., concurring). As the Court said in *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 24, “[t]rue reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms.”

[88] Good faith from both parties is required. As the Court said in *Haida*, at para. 25, the honour of the Crown “requires the Crown . . . to participate in processes of negotiation” (see also B. Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434, at pp. 436-37). Reconciliation requires the Crown and Aboriginal people to “work together to reconcile their interests” (*Rio Tinto*, at para. 34; see also *Nacho Nyak Dun*, at para. 1).

[89] As this Court has held on many occasions, the Crown has an “obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process” (*Rio Tinto*, at para. 32; see also *Haida*, at para. 20) because other remedies “have proven time-consuming, expensive, and are often ineffective” (*Rio Tinto*, at para. 33). Nonetheless, a test case or a claim for declaratory relief are also appropriate means to ask courts to determine rights under s. 35(1).

[90] When parties are considering possible courses of action, it is useful to bear in mind that criminal and regulatory proceedings have inherent limits proper to their nature. In these types of cases, the evidence

[TRANSLATION] La négociation [. . .] a le potentiel de produire des résultats qui sont mieux adaptés aux intérêts des parties, alors que l'éventail des recours dont dispose un tribunal est plus étroit [. . .] Le règlement des revendications autochtones [comporte] une dimension politique incontournable qui est mieux gérée par la négociation directe.

(S. Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013), p. 139.)

La négociation apporte également une certitude aux deux parties (*Beckman*, par. 109, la juge Deschamps (motifs concordants)). Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 24, « [o]n ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d'audience. »

[88] Les deux parties doivent faire preuve de bonne foi. En outre, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Nation haïda*, par. 25, « la Couronne doit agir honorablement et négocier » (voir aussi B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434, p. 436-437). Pour que la réconciliation soit possible, la Couronne et les peuples autochtones « doivent collaborer pour concilier leurs intérêts » (*Rio Tinto*, par. 34; voir aussi *Nacho Nyak Dun*, par. 1).

[89] Comme la Cour l'a déclaré à de nombreuses reprises, la Couronne a l'obligation « d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités » (*Rio Tinto*, par. 32; voir également *Nation haïda*, par. 20), car une autre démarche est « longue, coûteuse et souvent vaine » (*Rio Tinto*, par. 33). Quoi qu'il en soit, une cause type ou une demande de jugement déclaratoire sont également des moyens convenables de demander aux tribunaux de déterminer les droits visés au par. 35(1).

[90] Lorsque les parties examinent les différents recours qui s'offrent à elles, il est utile de garder à l'esprit que les procédures pénales et réglementaires ont des limites inhérentes à leur nature. Dans ce type

administered at trial is generally less extensive and the rules are different than in a reference or a declaratory action (see *Sparrow*, at p. 1095; *Marshall No. 2*, at para. 13). As LeBel J. stressed in his concurring reasons in *Marshall*, at para. 142:

Although many of the aboriginal rights cases that have made their way to this Court began by way of summary conviction proceedings, it is clear to me that we should re-think the appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of criminal trials. The issues that are determined in the context of these cases have little to do with the criminality of the accused's conduct; rather, the claims would properly be the subject of civil actions for declarations. Procedural and evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims arise not only out of the rules of evidence, the interpretation of evidence and the impact of the relevant evidentiary burdens, but also out of the scope of appellate review of the trial judge's findings of fact. These claims may also impact on the competing rights and interests of a number of parties who may have a right to be heard at all stages of the process. In addition, special difficulties come up when dealing with broad title and treaty rights claims that involve geographic areas extending beyond the specific sites relating to the criminal charges. [Emphasis added.]

[91] Therefore, [TRANSLATION] “[t]he negotiating table should not be seen as a substitute for the courtroom, nor the courtroom as an alternative to the negotiating table” (P. Dionne, “La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux: négocier ou s’adresser au juge?”, in G. Otis, ed., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones* (2005), 71, at p. 78). Both processes are complementary to each other and must interact with each other within their proper limits.

[92] All this said, it is for the parties themselves to decide how they wish to proceed.

d’affaires, la preuve produite au procès est généralement moins abondante et les règles sont différentes de celles applicables dans le cadre d’un renvoi ou d’une action déclaratoire (voir *Sparrow*, p. 1095; *Marshall N° 2*, par. 13). Le juge LeBel a insisté sur ce qui suit dans ses motifs concordants, dans l’arrêt *Marshall*, par. 142 :

Bien qu’un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l’opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l’accusé; il s’agit plutôt de revendications qu’il conviendrait de traiter dans le cadre d’actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l’examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l’interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s’appliquent, mais également de la portée de l’examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d’un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d’être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s’il s’agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d’un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles. [Je souligne.]

[91] Par conséquent, « [l]a table de négociation ne devrait pas être perçue comme un substitut au tribunal, ni le tribunal comme une solution de rechange à la table de négociation » (P. Dionne, « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s’adresser au juge? », dans G. Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones* (2005), 71, p. 78). Les deux processus sont complémentaires et doivent interagir l’un avec l’autre dans leurs propres limites.

[92] Cela dit, il revient aux parties elles-mêmes de décider comment elles désirent procéder.

VI. Disposition

[93] The appeal is dismissed. The constitutional question is answered in the affirmative.

The following are the reasons delivered by

[94] CÔTÉ J. (dissenting) — Does the constitutional protection of Aboriginal rights contained in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, extend to an Aboriginal group located outside of Canada, and whose member claiming to exercise an Aboriginal right is neither a resident nor a citizen of Canada? The courts below, and my colleague Rowe J., say that it does, but in my view, and with respect, that conclusion is contrary to a purposive analysis of s. 35(1) that examines the linguistic, philosophic, and historical contexts of that provision. This Court’s s. 35(1) jurisprudence has characterized — properly, in my view — reconciliation in terms of the relationship between non-Aboriginal Canadians and Aboriginal peoples as full and equal members of, and participants in, Canadian society. In addition, s. 35(1) elevated to constitutional status the common law rights of the “aboriginal peoples of Canada” that were “existing” in 1982 (*Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 11). Aboriginal groups located outside of Canada’s borders do not fit within this understanding.

[95] Further, even if I would agree with my colleague’s conclusion that the scope of the phrase “aboriginal peoples of Canada” includes groups located outside of Canada, I would disagree with his application of the test set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, to the claim brought in this case by the respondent, Richard Lee Desautel. In my view, Mr. Desautel, as a member of the Lakes Tribe, cannot establish that he was exercising an Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as the modern group’s claim lacks continuity with the pre-contact group’s practices. Given that there was nothing in existence in 1982 to which

VI. Dispositif

[93] Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Version française des motifs rendus par

[94] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’étend-elle à un groupe autochtone habitant à l’extérieur du Canada et dont le membre qui revendique l’exercice d’un droit ancestral n’est ni résident ni citoyen du Canada? Les tribunaux d’instance inférieure et mon collègue le juge Rowe répondent par l’affirmative, mais j’estime, avec égards, que cette conclusion va à l’encontre d’une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique de cette disposition. Selon la jurisprudence de notre Cour relative au par. 35(1), la réconciliation se définit — à juste titre, selon moi — par la relation entre les Canadiens non autochtones et les peuples autochtones à titre de membres égaux de la société canadienne à laquelle ils participent tous pleinement. De plus, le par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits des « peuples autochtones du Canada » qui « exista[ient] » en common law en 1982 (*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11). L’inclusion des groupes autochtones habitant au-delà des frontières canadiennes ne cadre pas avec ces principes.

[95] Par ailleurs, même si je souscrivais à la conclusion de mon collègue selon laquelle l’expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l’extérieur du Canada, je ne serais pas d’accord avec son application du test énoncé dans l’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la revendication présentée en l’espèce par l’intimé, Richard Lee Desautel. À mon avis, M. Desautel, en tant que membre de la Lakes Tribe, ne peut démontrer qu’il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l’absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe

s. 35(1) protection could attach, Mr. Desautel’s claim must fail.

[96] Therefore, I would answer the constitutional question in the negative and allow the appeal.

I. Background

[97] This was a test case brought by the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes (“CCT”) based in Washington State in the United States of America. Acting on the instructions of the Fish and Wildlife Director of the CCT, Mr. Desautel — a United States citizen and resident, and a member of the Lakes Tribe — shot a cow-elk near Castlegar, British Columbia, to secure ceremonial meat. He reported the kill to conservation officers and was subsequently charged with hunting without a licence and hunting big game while not being a resident of British Columbia, contrary to ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488.

[98] An agreed statement of facts was entered at trial. Mr. Desautel admitted the *actus reus* of each offence. His sole defence was that he was exercising his Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the traditional territory of his Sinixt ancestors pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As such, the trial became, as intended, a test case on whether the Lakes Tribe is part of the “aboriginal peoples of Canada”.

II. Issue

[99] The following constitutional question is raised by this appeal:

Are ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, as they read in October 2010, of no force or effect with respect to the respondent, being a member of the

contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Comme il n’y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de M. Desautel doit être rejetée.

[96] Par conséquent, je suis d’avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle et d’accueillir le pourvoi.

I. Contexte

[97] Il s’agit d’une cause type introduite par la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville (« TCC ») établie dans l’État de Washington, aux États-Unis d’Amérique. Agissant selon les directives du directeur des pêches et de la faune des TCC, M. Desautel — citoyen et résident des États-Unis ainsi que membre de la Lakes Tribe — a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique, pour utiliser sa viande en vue d’une cérémonie. Il a signalé sa prise aux agents de conservation, puis a été accusé d’avoir chassé sans permis et d’avoir chassé le gros gibier alors qu’il n’était pas un résident de la Colombie-Britannique, en contravention du par. 11(1) et de l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488.

[98] Un exposé conjoint des faits a été déposé au procès. Monsieur Desautel a admis l’*actus reus* de chaque infraction. Sa seule défense était qu’il exerçait son droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt conformément au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, le procès est devenu, comme prévu, une cause type sur la question de savoir si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada ».

II. Question en litige

[99] Le présent pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION] Le par. 11(1) et l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu’ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l’égard de l’intimé, un

Lakes Tribe of the Confederated Tribes of the Colville Reservation in Washington State, U.S.A., in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the respondent?

(A.R., vol. I, at p. 139)

III. Analysis

A. *A Purposive Interpretation of Section 35 Establishes That It Protects Only Aboriginal Peoples Located in Canada*

[100] Constitutional provisions conferring rights ought to be interpreted generously, but must also be placed in their proper contexts in order to avoid overshooting their actual purposes. As noted in *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, “this Court is not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision at issue. The analysis must be anchored in the historical context of the provision” (para. 40). Such judicial caution is entirely appropriate and in line with Binnie J.’s emphasis on the fact that “[g]enerous’ rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14).

[101] Section 35(1) accords constitutional protection only to the rights of the “aboriginal peoples of Canada”. The courts below correctly held that s. 35(1) is to be interpreted purposively, but rather than undertaking a purposive analysis to determine the meaning of the phrase “aboriginal peoples of Canada”, they relied on the *Van der Peet* test to conceptualize the rights referred to in s. 35(1). As stated by the Court of Appeal (2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48, at para. 57): “Simply put, if the *Van der Peet* requirements are met, the modern Indigenous community will be an ‘[a]boriginal peoples of Canada’.”

membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l’État de Washington, aux États-Unis d’Amérique, par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d’un droit ancestral au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l’intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

III. Analyse

A. *Une interprétation téléologique de l’art. 35 établit qu’il protège uniquement les peuples autochtones habitant au Canada*

[100] Les dispositions constitutionnelles qui confèrent des droits doivent recevoir une interprétation généreuse, mais elles doivent également être situées dans leur contexte afin d’éviter qu’elles ne soient détachées de leurs véritables objectifs. Comme il est indiqué dans l’arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, « notre Cour n’a pas [. . .] carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l’objectif original de la disposition en litige. L’analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition » (par. 40). Une telle prudence de la part des tribunaux est tout à fait à propos et rejoint l’insistance mise par le juge Binnie sur le fait qu’il « ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14).

[101] Le paragraphe 35(1) n’accorde une protection constitutionnelle qu’aux droits des « peuples autochtones du Canada ». Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu à bon droit que le par. 35(1) doit être interprété téléologiquement. Toutefois, au lieu d’entreprendre une analyse téléologique pour déterminer le sens de l’expression « peuples autochtones du Canada », ils ont plutôt appliqué le test de l’arrêt *Van der Peet* pour conceptualiser les droits visés au par. 35(1). Comme l’a indiqué la Cour d’appel (2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48, par. 57) : [TRADUCTION] « En termes simples, si les exigences du test de l’arrêt *Van der Peet* sont remplies, la communauté autochtone contemporaine sera considérée comme un “peupl[e] autochton[e] du Canada” ».

[102] I am in agreement with my colleague Rowe J. on the following point: the question of whether a claimant falls within the meaning of “aboriginal peoples of Canada” in s. 35 is a threshold question; this question should be answered separately from the *Van der Peet* analysis for determining whether a group has an Aboriginal right; and the trial judge was required to address this threshold question to determine whether the Lakes Tribe fell within s. 35’s purview. As noted by the appellant, Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (the “Crown”), “the *Van der Peet* test identifies what comes within the scope of s. 35 as a right, not who comes within the scope of s. 35 as a rights holder” (A.F., at para. 59 (emphasis in original)). The *Van der Peet* test addresses the scope of Aboriginal rights but does not speak to treaty rights, Aboriginal title, or the rights of the Métis, which are also encompassed within s. 35(1). Using the test as proposed by the courts below defines “aboriginal peoples of Canada” solely in terms of occupation prior to contact, which is inconsistent with this Court’s acknowledgment that s. 35(1) rights “may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community” (*R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 24).

[103] However, I disagree with my colleague’s conclusion that the scope of “aboriginal peoples of Canada” for the purposes of s. 35(1) must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact and that, as a result, groups that are not located in Canada or whose members are not and never have been citizens or residents of Canada can be “aboriginal peoples of Canada”.

[104] In my view, to be entitled to the protection of s. 35(1), the modern-day successor groups cannot be located anywhere other than in Canada. A purposive analysis of s. 35(1) that has regard to the relevant linguistic, philosophic, and historical contexts of that provision establishes that it protects only Aboriginal

[102] Je suis d’accord avec mon collègue le juge Rowe sur le point suivant : la question de savoir si un demandeur est visé par l’expression « peuples autochtones du Canada » qui figure à l’art. 35 constitue une question préliminaire; il faut répondre à cette question séparément de l’analyse retenue dans l’arrêt *Van der Peet* pour déterminer si un groupe a un droit ancestral; et la juge de première instance devait répondre à cette question préliminaire pour déterminer si la Lakes Tribe était visée par l’art. 35. Comme l’a souligné l’appelante, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (la « Couronne »), [TRADUCTION] « le test de l’arrêt *Van der Peet* établit quels sont les droits visés par l’art. 35, et non qui est titulaire de ces droits » (m.a., par. 59 (souligné dans l’original)). Le test de l’arrêt *Van der Peet* concerne la portée des droits ancestraux, mais il ne traite pas des droits issus de traités, du titre ancestral ou des droits des Métis, qui sont également visés au par. 35(1). Appliquer le test comme le proposent les tribunaux d’instance inférieure revient à définir l’expression « peuples autochtones du Canada » uniquement en fonction de l’occupation antérieure au contact avec les Européens, ce qui est contraire à la reconnaissance par notre Cour du fait que les droits garantis au par. 35(1) « ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (*R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 24).

[103] Toutefois, je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue selon laquelle la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) doit s’étendre aux successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens et, par conséquent, aux groupes qui n’habitent pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n’ont jamais été citoyens ou résidents du Canada.

[104] À mon avis, pour avoir droit à la protection du par. 35(1), les groupes de successeurs contemporains ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu’au Canada. Une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition

peoples located within Canada. This approach, while dismissed by the Court of Appeal as “formalistic”, is entirely consistent with this Court’s guidance that s. 35(1) must be interpreted in a generous manner consistent with its intended purpose (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 76; see also *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1106; *Van der Peet*, at para. 23).

[105] As Rowe J. recently confirmed, “[s.] 35 rights are not absolute. Like other provisions of the *Constitution Act, 1982*, s. 35 is both supported and confined by broader constitutional principles” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at para. 153). As I will outline below, the framers’ intent was to protect the rights of Aboriginal groups that are members of, and participants in, Canadian society. It has no interest in protecting groups that, plainly, have no connection to it.

(1) Linguistic Context

[106] It is a well-established presumption of statutory and constitutional interpretation that each and every word of a text must be given meaning. This follows from the assumption that the legislature avoids tautology: “[I]t does not use words solely for rhetorical or aesthetic effect” (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 43). As Sullivan explains, “[i]t is presumed that every feature of a legislative text has been deliberately chosen and has a particular role to play in the legislative design” (p. 43). This is consonant with this Court’s direction in *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, that the guiding principles of purposive interpretation “do not undermine the primacy of the written text of the Constitution” (para. 36, citing *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 53), and that “constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question” (para. 37,

permet d’établir qu’elle protège seulement les peuples autochtones habitant au Canada. Cette approche, bien que rejetée par la Cour d’appel en raison de son caractère [TRADUCTION] « formaliste », est tout à fait conforme à la directive de notre Cour voulant que le par. 35(1) soit interprété de façon libérale, en accord avec son objet (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76; voir aussi *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 23).

[105] Ainsi que l’a récemment confirmé le juge Rowe, « [I]es droits prévus à l’art. 35 ne sont pas absolus. À l’instar d’autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’art. 35 s’appuie sur des principes constitutionnels plus larges, tout en étant restreint par ceux-ci » (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 153). Comme je l’expliquerai plus loin, l’intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent. Il n’a aucun intérêt à protéger des groupes qui, manifestement, n’ont aucun lien avec elle.

(1) Contexte linguistique

[106] Selon une présomption bien établie de l’interprétation législative et constitutionnelle, chaque mot d’un texte doit avoir un sens. Ce principe découle du postulat que le législateur évite la tautologie : [TRADUCTION] « [I]l n’utilise pas certains mots uniquement à des fins rhétoriques ou esthétiques » (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 43). Comme l’explique Ruth Sullivan, [TRADUCTION] « [o]n présume que chaque caractéristique d’un texte de loi a été délibérément choisie et a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif » (p. 43). Ce principe est conforme à la directive énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, selon laquelle les principes directeurs de l’interprétation téléologique « ne peuvent avoir prééminence sur le texte écrit de la Constitution » (par. 36, citant *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53) et que « l’interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l’examen du

quoting *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 88).

[107] The summary conviction appeal judge held that “the meaning of s. 35 is not plain and obvious” with respect to the term “aboriginal peoples of Canada”, because the section does not expressly limit the protection of rights to Aboriginal peoples who reside in Canada or whose members are Canadian citizens (2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, at para. 42). However, a textual analysis reveals the significance of the drafters’ choice to include the phrase “of Canada” and “*du Canada*” rather than leaving the term “aboriginal peoples” and “*peuples autochtones*” without any qualifier. For one, the use of the word “of” with reference to a place imports dwelling “and is ordinarily taken to mean that the person spoken of dwells at the place named” (*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases* (10th ed. 2020), vol. 2, at p. 889). The presumption against tautology carries considerable weight (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 46). It follows that the inclusion of the words “of Canada” cannot be seen as superfluous. This is particularly true when the word “of”, which is ordinarily taken to import dwelling, is used in combination with a clear geographical location such as “Canada”.

[108] The presumption of consistent expression also sheds light on how the phrase “of Canada” in s. 35 ought to be interpreted. As Sullivan notes:

It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings. Another way of understanding this presumption is to say that the legislature is presumed to avoid stylistic variation. Once a particular way of expressing a meaning has been adopted, it is used each time that meaning is intended.

texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » (par. 37, citant *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 88).

[107] Le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que [TRADUCTION] « le sens de l’art. 35 n’est pas évident et manifeste » en ce qui concerne l’expression « *peuples autochtones du Canada* », car l’article ne limite pas expressément la protection des droits aux *peuples autochtones* qui résident au Canada ou dont les membres sont des citoyens canadiens (2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, par. 42). Cependant, une analyse textuelle révèle l’importance du choix qu’ont fait les rédacteurs d’inclure les mots « *du Canada* » et « *of Canada* », plutôt que de ne pas qualifier les expressions « *peuples autochtones* » et « *aboriginal peoples* ». D’abord, l’utilisation du mot « *du* » pour parler d’un lieu implique la notion d’habitation et [TRADUCTION] « signifie habituellement que la personne dont il est question habite à l’endroit nommé » (*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases* (10^e éd. 2020), vol. 2, p. 889). La présomption d’absence de tautologie revêt une importance considérable (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 46). Par conséquent, l’inclusion des mots « *du Canada* » ne peut être jugée superflue, d’autant plus que le mot « *du* », qui implique habituellement la notion d’habitation, est utilisé conjointement avec un emplacement géographique bien délimité, à savoir le « *Canada* ».

[108] La présomption d’uniformité d’expression permet également de mieux comprendre comment les mots « *du Canada* » à l’art. 35 doivent être interprétés. Comme le signale Ruth Sullivan :

[TRADUCTION] On présume que le législateur rédige les lois avec soin et d’une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont des sens différents. Une autre manière de comprendre cette règle consiste à présumer que le législateur évite les variations stylistiques. Une fois qu’une manière particulière d’exprimer un sens a été adoptée, elle est employée chaque fois que ce sens est recherché.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 217)

Similar limiting language is used repeatedly in the *Constitution Act, 1982*, as a geographical qualifier: for example, “citizen of Canada” (ss. 3, 6 and 23), “official languages of Canada” (s. 16), “government of Canada” (ss. 20, 32 and 36), and “Constitution of Canada” (s. 21). Interpreting “aboriginal peoples of Canada” in a more expansive fashion would be incongruent with this presumption and contrary to the intention of the drafters.

[109] This Court considered the meaning of similar language in *Blais* and in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95. In *Blais*, the Court did not accept that Métis peoples fell within the meaning of “Indians” in the harvesting clause of the Manitoba *Natural Resources Transfer Agreement* (“NRTA”), in part because of how that term was used elsewhere in the agreement:

The placement of para. 13 in the part of the NRTA entitled “Indian Reserves”, along with two other provisions that clearly do not apply to the Métis, supports the view that the term “Indian” as used throughout this part was not seen as including the Métis. This placement weighs against the argument that we should construe the term “Indians” more broadly than otherwise suggested by the historical context of the NRTA and the common usage of the term at the time of the NRTA’s enactment. [Emphasis added; para. 30.]

In *Frank*, this Court interpreted the phrase “Indians of the Province” in Alberta’s NRTA as having a narrower meaning than “Indians within the boundaries thereof”, a phrase also used in the agreement. In finding that “Indians of the Province” meant Alberta Indians, this Court read the phrase in its ordinary grammatical sense and appropriately imposed a geographical qualifier.

[110] In *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 65, this Court cautioned against an

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 217)

Un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, par exemple « citoyen canadien » (« *citizen of Canada* » dans la version anglaise, art. 3, 6 et 23), « langues officielles du Canada » (art. 16), « gouvernement du Canada » (art. 20, 32 et 36) et « Constitution du Canada » (art. 21). Interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec cette présomption et irait à l’encontre de l’intention des rédacteurs.

[109] Notre Cour s’est penchée sur le sens d’un libellé semblable dans *Blais* et *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95. Dans *Blais*, la Cour n’a pas reconnu que les peuples métis sont visés par le terme « Indiens » dans la clause de récolte de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba (« CTRN »), en partie en raison de la manière dont le terme était utilisé ailleurs dans la convention :

L’insertion du par. 13 dans cette partie de la *Convention*, qui comprend deux autres dispositions ne s’appliquant manifestement pas aux Métis, appuie l’opinion selon laquelle le terme « Indien » dans cette partie n’était pas considéré comme visant les Métis. La position du par. 13 tend à réfuter l’argument préconisant une interprétation plus large du mot « Indiens » que celle qui ressort par ailleurs du contexte historique de la Convention et de l’usage de ce mot dans la langue courante au moment de l’édiction de la *Convention*. [Je souligne; par. 30.]

Dans *Frank*, notre Cour a interprété l’expression « Indiens de la province » dans la CTRN de l’Alberta comme ayant un sens plus restreint que « Indiens dans les limites de la province », une expression qui est aussi utilisée dans la convention. En concluant que l’expression « Indiens de la province » visait les Indiens de l’Alberta, notre Cour a interprété l’expression selon son sens grammatical ordinaire et y a apposé, avec raison, un qualificatif géographique.

[110] Dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 65, notre Cour a fait une mise en

interpretation that would “render . . . constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers”. In my view, the majority’s approach would do just that. An interpretation of “aboriginal peoples of Canada” that includes groups not located in Canada or whose members are not and never were citizens or residents of Canada gives the words “of Canada” no meaning. The words are not necessary for logic or for grammatical purposes, in opposition to the presumption against tautology. The explicit inclusion of the Métis peoples in s. 35(2) is a further indication that the intent of the framers was not to constitutionalize, as my colleague notes, “rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies” (para. 31), but instead to elevate all existing Aboriginal rights held by Aboriginal peoples who were in Canada in 1982 to constitutional status, regardless of whether their societies existed pre-contact or pre-control. The use of the words “of Canada” in the rest of the *Constitution Act, 1982*, is clearly meant to narrow the scope of the rights being constitutionalized through geographical qualifier. It would be incongruent to interpret “aboriginal peoples of Canada” differently.

(2) Philosophic Context

[111] The philosophic context helps explain why residence or citizenship is not referenced in s. 35, but is assumed. As this Court noted in *Van der Peet*, at paras. 18-19, whereas *Charter* rights are, in the liberal enlightenment view, “general and universal”,

[a]boriginal rights cannot . . . be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they

garde contre une interprétation qui « rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels [. . .] Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. » Selon moi, l’approche des juges majoritaires aurait exactement cet effet. Interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de manière à inclure les groupes n’habitant pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n’ont jamais été citoyens ou résidents du Canada vide les mots « du Canada » de leur sens. Les mots ne sont pas nécessaires aux plans logique ou grammatical, contrairement à la présomption d’absence de tautologie. Le fait d’avoir nommé expressément les peuples métis au par. 35(2) démontre encore davantage que l’intention des rédacteurs n’était pas d’inscrire dans la Constitution, comme l’indique mon collègue, les « droits et [les] relations qui découlent de l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones » (par. 31), mais plutôt de constitutionnaliser l’ensemble des droits ancestraux existants détenus par les peuples autochtones qui étaient au Canada en 1982, que leurs sociétés aient existé ou non avant le contact avec les Européens ou avant la mainmise de ceux-ci sur le territoire. L’utilisation des mots « du Canada » dans le reste de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise manifestement à restreindre au moyen d’un qualificatif géographique la portée des droits qui sont constitutionnalisés. Il serait incohérent d’interpréter différemment l’expression « peuples autochtones du Canada ».

(2) Contexte philosophique

[111] Le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées dans l’art. 35, mais plutôt tenues pour acquises. Comme notre Cour l’a souligné dans *Van der Peet*, par. 18-19, alors que les droits garantis par la *Charte* sont « généraux et universels » selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières,

[l]es droits ancestraux ne peuvent être définis par l’application des préceptes de cette philosophie. Même s’ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce

are rights held only by aboriginal members of Canadian society. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[112] This characterization has been reflected in this Court’s view of reconciliation between the Aboriginal peoples of Canada and the Crown. Writing for the majority in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10, Binnie J. described s. 35’s “grand purpose” as being the “reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship” (emphasis added). Later in *Beckman*, Binnie J. expanded on s. 35’s purpose, implicitly signalling the centrality of residency in the formulation of s. 35:

The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada’s political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. [para. 33]

[113] By framing s. 35(1) as a provision “granting special constitutional protection to one part of Canadian society” (*Van der Peet*, at para. 20), this Court has consistently understood s. 35(1) to import a residency or citizenship requirement. As Binnie J. stated in *Mitchell*, Aboriginal rights, as defined by this Court, “find their source in an earlier age, but they have not been frozen in time. . . . They are projected into modern Canada where they are exercised as group rights in the 21st century by modern Canadians who wish to . . . protect their aboriginal identity” (para. 132).

[114] As Lamer C.J. held in *Van der Peet*, at para. 21, s. 35(1)’s purpose should be understood in relation to “the interests it was meant to protect” (citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). Section 35 protects Aboriginal

qu’ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

[112] Cette caractérisation reflète la conception qu’a notre Cour de la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. S’exprimant au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10, le juge Binnie a décrit le « noble objectif » de l’art. 35 comme étant la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (je souligne). Plus loin dans *Beckman*, le juge Binnie a précisé l’objectif de l’art. 35 et évoqué implicitement l’importance fondamentale de la notion de résidence dans la formulation de l’art. 35 :

Par la décision d’inscrire à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s’engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d’être des Autochtones. Mais l’existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d’être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. [par. 33]

[113] En considérant que le par. 35(1) accorde une « protection constitutionnelle spéciale [. . .] à un segment de la société canadienne » (*Van der Peet*, par. 20), notre Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. Comme l’a dit le juge Binnie dans *Mitchell*, selon la définition donnée par notre Cour, les droits ancestraux « trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n’ont pas été figés dans le temps. [. . .] Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21^e siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent [. . .] protéger leur identité autochtone » (par. 132).

[114] Comme l’a conclu le juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 21, l’objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction « des intérêts qu’i[1] vis[e] à protéger » (citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). L’article 35 protège les

peoples “as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty” (*Mitchell*, at para. 135). The protections, therefore, do not and cannot apply to Aboriginal groups in other countries. It cannot be said that these groups “fully participate with other Canadians in their collective governance” (*Beckman*, at para. 33), nor do they “live and contribute as part of our national diversity” (*Mitchell*, at para. 132). It is this reality which must colour the scope and content of the expression “aboriginal peoples of Canada”.

(3) Historical Context

[115] Additionally, the historical record does not show that expanding the protections of s. 35(1) to non-Canadian Aboriginal groups was ever considered. In fact, the limited historical sources that could provide guidance as to the meaning of the expression “aboriginal peoples of Canada” show an intention to limit the constitutional protection of Aboriginal rights to only those groups located within Canada.

[116] The *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (“*Minutes*”), at the time of discussions around the patriation of Canada’s Constitution, reflect an implicit shared understanding among committee participants, including governmental and Aboriginal representatives, that s. 35(1) was intended to protect the rights of Aboriginal communities located in Canada at that time. For instance, the Honourable Jean Chrétien, then the Minister of Justice and Attorney General of Canada, described how the *Constitution Act, 1982*, would protect “the rights of all the native Canadians” that exist under the treaties or the Royal Proclamation, “the two sources of rights that exist for the natives in Canada” (*Minutes*, No. 3, 1st Sess., 32nd Parl., November 12, 1980, at p. 84; *Minutes*, No. 4, 1st Sess., 32nd Parl., November 13, 1980, at p. 13). George Braden, representing the Northwest Territories government, noted that “Native people in Canada have enjoyed a special status which must be clearly recognized in the constitution of Canada” (*Minutes*, No. 12, 1st Sess., 32nd Parl.,

peuples autochtones en tant que « participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée » (*Mitchell*, par. 135). Ainsi, les protections ne s’appliquent pas et ne peuvent s’appliquer aux groupes autochtones d’autres pays. On ne saurait affirmer que ces groupes « participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective » (*Beckman*, par. 33) ni qu’ils « font partie de notre diversité nationale et y contribuent » (*Mitchell*, par. 132). Cette réalité se reflète dans la portée et la teneur de l’expression « peuples autochtones du Canada ».

(3) Contexte historique

[115] En outre, les sources historiques ne démontrent pas qu’il ait été question à quelque moment que ce soit d’étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. En fait, les quelques sources qui pourraient donner des indications sur le sens de l’expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

[116] Selon les *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (« *Procès-verbaux* »), au moment des pourparlers entourant le rapatriement de la Constitution canadienne, les membres du comité, notamment les représentants gouvernementaux et autochtones, semblent tous comprendre que le par. 35(1) visait à protéger les droits des communautés autochtones habitant au Canada à l’époque. Par exemple, l’honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice et procureur général, a expliqué comment la *Loi constitutionnelle de 1982* protégerait « les droits de tous les autochtones du Canada » qui découlent des traités ou de la Proclamation royale, « les deux sources de droits applicables aux autochtones du Canada » (*Procès-verbaux*, n° 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 novembre 1980, p. 84; *Procès-verbaux*, n° 4, 1^{re} sess., 32^e lég., 13 novembre 1980, p. 13). George Braden, représentant du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, a souligné que les « autochtones canadiens ont bénéficié d’un statut spécial qui doit être clairement reconnu dans la constitution du pays »

November 25, 1980, at p. 60). The statements made by Aboriginal representatives before the committee similarly assumed the existence of a geographical limitation. When discussing proposed amendments, Mary Simon, a representative of the Inuit Committee on National Issues, stated the following:

Subsection (1) of section 23A [a proposed Aboriginal rights and freedoms provision] merely provides for the obvious, namely, that the aboriginal peoples of Canada include Canada's three groups of indigenous peoples. Presently, there exist other artificial distinctions under Canadian law which have posed considerable problems for a great number of aboriginal people in Canada and for which we must seek alternative solutions.

(*Minutes*, No. 16, 1st Sess., 32nd Parl., December 1, 1980, at p. 13)

Logically, Ms. Simon's reference to "Canada's three groups" could only refer to present-day Aboriginal groups residing and present in Canada, thus implying a geographical component.

[117] There are also some remarks in the *Minutes* that explicitly reference a geographical limitation on the meaning of "aboriginal peoples of Canada". For example, in response to a question about defining the word "Indian", Nellie Carlson, the Western Vice President of Indian Rights for Indian Women, stated that "[m]y definition of an Indian across Canada is . . . an Indian who had been born and raised in this country, who had never come from across the ocean to immigrate into this country, but was born and raised, had lived through the hardships" (*Minutes*, No. 17, 1st Sess., 32nd Parl., December 2, 1980, at p. 97).

[118] The Court of Appeal dismissed the *Minutes* as "non-specific in their application" and as not informing the constitutional interpretation of s. 35(1) (para. 64). My colleague concurs, finding that the *Minutes* "she[d] no light" (Rowe J.'s reasons, at

(*Procès-verbaux*, n° 12, 1^{re} sess., 32^e lég., 25 novembre 1980, p. 60). Selon leurs déclarations devant le comité, les représentants autochtones supposaient également une limitation géographique. En parlant des propositions de modification, Mary Simon, représentante du Comité inuit sur les affaires nationales, a déclaré ce qui suit :

Le paragraphe (1) de l'article 23(a) [une proposition de disposition sur les droits et libertés des Autochtones] ne fait qu'énoncer l'évidence, soit que les peuples autochtones du Canada comprennent les trois groupes indigènes du Canada. À l'heure actuelle, il existe d'autres distinctions artificielles en vertu des lois canadiennes qui ont posé de graves problèmes à bien des autochtones du Canada et auxquels il faut trouver des solutions.

(*Procès-verbaux*, n° 16, 1^{re} sess., 32^e lég., 1^{er} décembre 1980, p. 13)

Logiquement, les « trois groupes [. . .] du Canada » dont parle M^{me} Simon ne peuvent s'entendre que des groupes autochtones actuels qui résident et se trouvent au Canada, ce qui suppose un élément géographique.

[117] Certaines remarques dans les *Procès-verbaux* font aussi explicitement référence à une limitation géographique en ce qui concerne le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada ». Par exemple, à une question sur la définition du mot « Indien », Nellie Carlson, vice-présidente pour l'Ouest de l'organisme Indian Rights for Indian Women, a répondu : « Ma définition d'un Indien canadien : c'est un Indien qui est né et qui a grandi dans ce pays, qui n'a pas traversé l'océan pour venir s'installer ici, mais qui a toujours vécu ici et qui a subi tous les problèmes que nous avons connus » (*Procès-verbaux*, n° 17, 1^{re} sess., 32^e lég., 2 décembre 1980, p. 97).

[118] La Cour d'appel a écarté les *Procès-verbaux* au motif qu'ils [TRADUCTION] « ne s'appliquaient pas précisément » en l'espèce et qu'ils n'orientaient pas l'interprétation constitutionnelle du par. 35(1) (par. 64). Mon collègue est d'accord et conclut que

para. 41). Respectfully, this view overlooks the compelling evidence outlined above of a shared assumption amongst committee participants that the constitutional protections accorded by s. 35(1) were intended to apply only to Aboriginal groups located in Canada, as reflected in their use of “in Canada” and “Canadian” synonymously with “of Canada”. Drafting history is relevant to constitutional interpretation (*R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 78; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 77), and I see no reason to depart from this Court’s prior reliance on the *Minutes* in the instant case.

[119] This Court cannot impose an intention to broaden the constitutional protections under s. 35(1) beyond what was contemplated. If s. 35(1) was intended to include within its purview Aboriginal groups located outside of Canada, then one would expect there to have been significant discussion and consideration of these broader issues of recognition and jurisdiction, including hearing from the communities outside of Canada about their interests. There is no evidence that any drafters or participants contemplated this novel constitutional measure, which belies any intention to include Aboriginal groups outside of Canada within s. 35(1)’s purview.

[120] As a result, I would find that “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1) are Aboriginal peoples who are located in Canada. In the present case, the Lakes Tribe is wholly located in Washington State in the United States of America, and therefore cannot be considered to be part of the “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1). As Mr. Desautel is not a member of a collective that is part of the “aboriginal peoples of Canada”, he cannot exercise a constitutionally-protected Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the traditional territory of the Sinixt in British Columbia.

les *Procès-verbaux* « ne nous éclaire[nt] pas » (motifs du juge Rowe, par. 41). Avec égards, ce point de vue ne tient pas compte de la preuve convaincante exposée ci-dessus, qui démontre que les membres du comité étaient tous d’avis que les protections constitutionnelles accordées par le par. 35(1) ne devaient bénéficier qu’aux groupes autochtones habitant au Canada, comme en témoigne l’utilisation des mots « au Canada » et « canadien » en tant que synonymes des mots « du Canada ». L’historique de la rédaction de cette disposition est utile à l’interprétation constitutionnelle (*R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 78; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 77), et je ne vois aucune raison pour notre Cour de ne pas s’appuyer comme par le passé sur les *Procès-verbaux* en l’espèce.

[119] Notre Cour ne peut imposer une intention d’étendre les protections constitutionnelles prévues au par. 35(1) au-delà de ce qui était envisagé. Si le par. 35(1) devait également s’appliquer aux groupes autochtones habitant à l’extérieur du Canada, alors on s’attendrait à ce que ces questions plus générales de reconnaissance et de compétence aient fait l’objet d’un long débat et d’un examen approfondi. Par exemple, les communautés situées à l’extérieur du Canada auraient communiqué leurs intérêts. Rien n’indique que les rédacteurs ou les participants aient envisagé cette nouvelle mesure constitutionnelle, ce qui contredit toute intention d’inclure les groupes autochtones situés à l’extérieur du Canada dans le champ d’application du par. 35(1).

[120] Par conséquent, je suis d’avis que les « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) sont des peuples autochtones qui habitent au Canada. En l’espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement dans l’État de Washington aux États-Unis d’Amérique. Elle ne peut donc pas être considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). Puisque M. Desautel n’appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique.

B. *Failing to Adopt a Purposive Interpretation of Section 35 Leads to Implausible and Problematic Results*

[121] The conclusion that the enactment of s. 35(1) did not constitutionalize Aboriginal rights held by collectives located outside of Canada is further bolstered by the deleterious consequences that would arise from the opposite conclusion. My colleague is of the view that these concerns do not justify any change to the law because “[w]hile Aboriginal communities outside Canada can assert and hold s. 35(1) rights, it does not follow that their rights are the same as those of communities within Canada” (para. 71). With the greatest of respect, I cannot agree. If an Aboriginal group outside of Canada is entitled to exercise s. 35(1) Aboriginal rights in Canada, then it must have equal protection under the Constitution and be able to access and exercise a full panoply of rights in the same fashion as Aboriginal right holders within Canada. Nothing less would uphold the honour of the Crown and further Canada’s ongoing process of reconciliation with its first peoples.

[122] As such, extending the constitutional protection of s. 35(1) to include Aboriginal groups located outside of Canada leads to some concerning outcomes. First, s. 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, uses the phrase “aboriginal peoples of Canada” in setting out an obligation to invite representatives of these groups to constitutional conferences, as did ss. 37 and 37.1 prior to their repeal (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 28-65 to 28-66). There is no reason in principle why Aboriginal groups holding s. 35(1) rights would be denied a constitutional right to democratic participation under s. 35.1 simply by virtue of their geographical location. While the lower courts were seemingly unconcerned by this prospect, in my view, it is contrary to the organizing constitutional principle of democracy and inconsistent with the purpose of patriation to allow Aboriginal groups located outside of Canada to participate in Canadian democracy

B. *L’omission de donner une interprétation téléologique à l’art. 35 mène à des résultats invraisemblables et problématiques*

[121] La conclusion selon laquelle l’édiction du par. 35(1) n’a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l’extérieur du Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu’entraînerait la conclusion contraire. Mon collègue est d’avis que ces préoccupations ne justifient pas une modification du droit, car « [s]i les communautés autochtones à l’extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s’ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada » (par. 71). Avec beaucoup d’égards, je ne puis être d’accord. S’il est loisible à un groupe autochtone de l’extérieur du Canada d’exercer au Canada un droit ancestral garanti par le par. 35(1), alors ce groupe doit être protégé par la Constitution et être en mesure d’exercer toute la panoplie de droits au même titre que ceux qui sont titulaires de droits ancestraux au Canada. Rien de moins ne saurait protéger l’honneur de la Couronne et favoriser le processus de réconciliation en cours entre le Canada et ses premiers peuples.

[122] Par conséquent, étendre la protection constitutionnelle du par. 35(1) aux groupes autochtones hors du Canada donne des résultats pour le moins inquiétants. D’abord, l’art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l’expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l’obligation d’inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles, tout comme le faisaient les art. 37 et 37.1 avant leur abrogation (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 28-65 à 28-66). En principe, rien ne justifie que des groupes autochtones titulaires de droits garantis au par. 35(1) se voient refuser le droit constitutionnel à la participation démocratique garanti par l’art. 35.1 simplement en raison de leur situation géographique. Bien que les tribunaux d’instance inférieure semblaient peu préoccupés par cette perspective, à mon sens, permettre aux groupes autochtones de l’extérieur du Canada de participer à

as required by s. 35.1 (*Reference re Secession of Quebec*).

[123] Additionally, a multitude of challenges would arise with respect to the Crown's duty to consult. The numbers of groups to consult and, where appropriate, accommodate would dramatically increase, and it can be anticipated that in some cases accommodating the interests of s. 35(1) rights holders outside of Canada would run counter to accommodating the interests of s. 35(1) rights holders within Canada. Once an Aboriginal group outside of Canada has established a s. 35(1) right, one would assume that the Crown would be put on notice. As such, I cannot agree with my colleague's view that "[b]ecause groups outside Canada are not implicated in this process to the same degree, the scope of the Crown's duty to consult with them, and the manner in which it is given effect, may differ" (para. 76). Aboriginal groups outside of Canada would in fact be implicated to the same degree, and thus the Crown's duty to consult could not differ unless a two-tiered consultation process were established, which would run afoul of its obligation to engage in a "process of fair dealing and reconciliation" (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 32) with all Aboriginal rights holders.

[124] Given that the Aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) include not only site-specific rights but also rights to the land itself, finding that Aboriginal groups outside of Canada are "aboriginal peoples of Canada" raises the possibility that these groups may, in principle, hold constitutionally protected Aboriginal title to Canadian lands. Aboriginal title confers on the group holding it "the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses" (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 88). While this is not an issue raised

la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, est contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*).

[123] En outre, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Une fois qu'un groupe autochtone hors du Canada a établi l'existence d'un droit garanti par le par. 35(1), on pourrait présumer que la Couronne en serait avisée. Par conséquent, je ne saurais convenir avec mon collègue que « [c]omme les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada n'interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l'obligation de les consulter, et la façon d'exécuter cette obligation, peuvent différer » (par. 76). En fait, les groupes autochtones qui habitent à l'extérieur du Canada interviendraient dans la même mesure et, par conséquent, l'obligation de la Couronne de les consulter ne pourrait être différente, à moins de créer un processus de consultation à deux paliers, ce qui serait contraire à son obligation de s'engager dans un « processus de négociation honorable et de conciliation » (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32) avec tous les titulaires de droits ancestraux.

[124] Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) englobent non seulement les droits spécifiques à un site, mais également les droits sur les terres mêmes, conclure que les groupes autochtones hors du Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Le titre ancestral confère au groupe qui le détient « le droit exclusif de déterminer l'utilisation qui est faite des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation »

directly in this case, it is by no means hypothetical. The CCT — of which the Lakes Tribe is a member — have already filed two title claims in British Columbia courts (see *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151). It would be a remarkable proposition that a foreign group could hold constitutionally protected title to Canadian territory, as the required incidental mobility right would be fundamentally incompatible with Canadian sovereignty (see *Mitchell*, at paras. 159-64, per Binnie J.).

[125] The drafters of s. 35(1) could not have intended these deleterious consequences to arise. As such, these concerns militate against the conclusion that the Lakes Tribe is part of the “aboriginal peoples of Canada”. I would therefore allow the appeal on that basis.

C. *Even If the Lakes Tribe Is Part of the “Aboriginal Peoples of Canada”, Mr. Desautel Cannot Claim an Aboriginal Right to Hunt for Ceremonial Purposes*

[126] Even assuming that the Lakes Tribe is part of the “aboriginal peoples of Canada”, as the majority concludes, I would nevertheless allow the appeal on the basis that Mr. Desautel, as a member of the Lakes Tribe, cannot claim an Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia. In my view, the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1) is not satisfied in this case.

[127] I agree with my colleague that the test for Aboriginal rights for groups outside of Canada is the same as the test for groups within Canada. In accordance with the *Van der Peet* analysis, if an Aboriginal group outside of Canada can show that the pre-contact practice, tradition or custom supporting the claimed modern right is integral to its

(*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 88). Bien qu'elle n'ait pas été soulevée directement en l'espèce, cette question n'est pas du tout hypothétique. Les TCC, dont la Lakes Tribe fait partie, ont déjà déposé deux revendications de titre devant les tribunaux de la Colombie-Britannique (voir *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151). Il serait étonnant qu'un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien, puisque le droit de circulation accessoire requis serait fondamentalement incompatible avec la souveraineté canadienne (voir *Mitchell*, par. 159-164, le juge Binnie).

[125] Les rédacteurs du par. 35(1) n'auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes. Ainsi, ces préoccupations militent contre la conclusion selon laquelle la Lakes Tribe est un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi pour ce motif.

C. *Même si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », M. Desautel ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles*

[126] Même si l'on suppose que la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », comme les juges majoritaires l'ont conclu, je suis tout de même d'avis d'accueillir le pourvoi au motif que M. Desautel, en qualité de membre de la Lakes Tribe, ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. À mon sens, le test de l'arrêt *Van der Peet* qui sert à établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) n'est pas rempli en l'espèce.

[127] Je conviens avec mon collègue que le test de reconnaissance de droits ancestraux à des groupes hors du Canada est le même que celui qui s'applique aux groupes du Canada. Conformément à l'analyse établie dans *Van der Peet*, si un groupe autochtone hors du Canada peut démontrer, d'une part, que la pratique, tradition ou coutume antérieure au contact

distinctive pre-contact Aboriginal society, and that the right has a reasonable degree of continuity with the “integral” pre-contact practice, tradition or custom, then the Aboriginal group must receive full recognition of its s. 35(1) rights (*Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 46).

[128] However, in my view, the trial judge committed a reviewable error in her application of the *Van der Peet* test. In particular, she erred in finding that the continuity requirement of the test was met.

(1) Continuity

[129] Section 35(1) protects only those present-day practices that have a reasonable degree of continuity with the practices that existed prior to contact (*Van der Peet*, at paras. 63-65). Granted, as the Court stated in *Van der Peet*, the concept of continuity does not require an “unbroken chain of continuity” (para. 65, per Lamer C.J.) or a “year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial” (para. 249, per McLachlin J., dissenting on other grounds). Continuity must be interpreted flexibly. Such flexibility, however, has its limits.

[130] As I see it, while temporal gaps in the actual practice do not necessarily preclude the establishment of an Aboriginal right (*Van der Peet*, at para. 65), failing to tender sufficient evidence that the practice was maintained or, at least, that a connection to the historical practice was maintained during such gaps may be fatal. Aboriginal rights claims require that proper and sufficient evidence be gathered and adduced to meet the legal requirements for such rights (*Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 84).

avec les Européens qui étaye le droit contemporain revendiqué faisait partie intégrante de sa société autochtone distinctive avant le contact et, d’autre part, qu’il y a un degré raisonnable de continuité entre ce droit revendiqué et cette pratique, tradition ou coutume, alors le groupe autochtone doit bénéficier de la pleine reconnaissance de ses droits garantis par le par. 35(1) (*Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 46).

[128] Toutefois, à mon avis, la juge de première instance a commis une erreur révisable dans son application du test de l’arrêt *Van der Peet*. Plus particulièrement, elle a eu tort de conclure que l’exigence de continuité du test avait été respectée.

(1) Continuité

[129] Le paragraphe 35(1) ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 63-65). Certes, comme l’a affirmé notre Cour dans *Van der Peet*, la notion de continuité n’impose pas une « continuité parfaite » (par. 65, le juge en chef Lamer) ou une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux » (par. 249, la juge McLachlin, dissidente pour d’autres motifs). La continuité doit être interprétée avec souplesse. Or, une telle souplesse a ses limites.

[130] À mon sens, bien que des hiatus temporels dans la pratique n’empêchent pas forcément l’établissement d’un droit ancestral (*Van der Peet*, par. 65), le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer que la pratique s’est poursuivie ou, à tout le moins, qu’un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l’on rassemble et présente suffisamment d’éléments de preuve adéquats pour satisfaire aux exigences juridiques applicables à ces droits (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 84).

(2) Application

[131] Turning to the appeal before us, it is important to review the findings of fact made by the trial judge. The trial judge found that the Sinixt had continued their seasonal harvesting round in the northern part of their territory from the time of contact (1811) until around 1870. Around 1880 and 1890, the majority of the Lakes peoples moved to the Colville Reservation in Washington State. By 1902, only 21 Sinixt remained living in their traditional territory in Canada when the federal government set aside a reserve for the “Arrow Lakes Band”, including Sinixt, Ktunaxa, and Secwepemc members. In 1956, after the last member of the Arrow Lakes Band died, the federal government declared the Band extinct.

[132] The record clearly shows that after 1930, the Lakes Tribe did not travel to or hunt in British Columbia. Today, the Lakes Tribe does not, as their ancestors did, “exercise a robust seasonal round in all of their traditional territory including those lands now in British Columbia” (para. 119). The only evidence proffered at trial about the Lakes Tribe’s presence in British Columbia at all before 2010 was a singular event in November 1972, when Charlie Quintasket, “a Lakes Indian from the Colville reservation”, walked into the office of Aboriginal scholar Dr. Dorothy Kennedy and asked why the Lakes people had no Indian reserves in Canada (para. 49). The only evidence that the Lakes Tribe *maintained a connection* to the claimed right was the fact that “the land was not forgotten” (para. 50) in the minds of the Lakes Tribe members and that the Lakes Tribe engaged in the practice of hunting in Washington State at the time of contact.

[133] Mr. Desautel pointed to the creation of the international border by the 1846 Oregon Boundary Treaty and the outlawing of hunting by British

(2) Application

[131] En ce qui concerne le pourvoi dont nous sommes saisis, il est important d’examiner les conclusions de fait tirées par la juge de première instance. Cette dernière a conclu que les Sinixt avaient continué leurs activités de récolte saisonnières dans la partie nord de leur territoire à partir du contact avec les Européens (1811) jusqu’à environ 1870. Aux environs de 1880 et de 1890, la majorité des peuples des Lacs se sont déplacés vers la réserve de Colville dans l’État de Washington. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient toujours sur leur territoire traditionnel au Canada lorsque le gouvernement fédéral a mis de côté une réserve pour la « bande des lacs Arrow », dont font partie les Sinixt, les Ktunaxa et les Secwepemc. En 1956, après le décès du dernier membre de la bande des lacs Arrow, le gouvernement fédéral a déclaré cette bande éteinte.

[132] Le dossier montre clairement qu’après 1930, les membres de la Lakes Tribe n’ont pas voyagé vers la Colombie-Britannique et n’y ont pas chassé non plus. Aujourd’hui, les membres de la Lakes Tribe n’exercent pas, comme l’ont fait leurs ancêtres, [TRADUCTION] « des activités saisonnières soutenues sur tout leur territoire traditionnel, y compris les terres qui se trouvent maintenant en Colombie-Britannique » (par. 119). La seule preuve présentée au procès concernant la présence de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique avant 2010 est un événement unique qui a eu lieu en novembre 1972, lorsque Charlie Quintasket, [TRADUCTION] « un Indien des Lacs de la réserve de Colville », est entré dans le bureau de Dorothy Kennedy, spécialiste autochtone, et lui a demandé pourquoi les peuples des Lacs n’avaient aucune réserve indienne au Canada (par. 49). La seule preuve démontrant que la Lakes Tribe *a maintenu un lien* avec le droit revendiqué était le fait que [TRADUCTION] « la terre n’avait pas été oubliée » (par. 50) dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe et que la Lakes Tribe pratiquait la chasse dans l’État de Washington au moment du contact avec les Européens.

[133] Afin d’expliquer pourquoi les membres de la Lakes Tribe ont graduellement cessé de chasser sur le territoire traditionnel des Sinixt, M. Desautel a

Columbia through the *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22 (“1896 Act”), to explain why the Lakes Tribe had gradually ceased hunting in the Sinixt traditional territory. The trial judge held that the Sinixt had continued to hunt in British Columbia up to the 1930s despite the passing of the *1896 Act*. Therefore, it cannot be said that the *1896 Act* prevented the Sinixt from hunting. But even if this is accepted to be so, it does not explain the Lakes Tribe’s absence from the province for a period of almost 30 years — from 1982, when existing Aboriginal rights were elevated to constitutional status by the *Constitution Act, 1982*, to 2010, when Mr. Desautel travelled to British Columbia for the purpose of shooting a cow-elk to launch this test case.

[134] Quite simply, there is no direct evidence between 1930 and 1982 and between 1982 and 2010 that the Lakes Tribe engaged in anything that could be considered a modern-day practice of hunting in this territory. This was not a case whereby the Lakes Tribe could not provide a “year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial”; rather, the Lakes Tribe did not hunt, let alone exercise a seasonal round, in British Columbia after 1930.

[135] I am of the view that the trial judge made a legal error in concluding that the chain of continuity had not been broken and that Mr. Desautel had established an Aboriginal right to hunt in British Columbia. While the trial judge’s findings of fact are owed deference because the weighing of evidence in an Aboriginal rights claim is “generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented” (*Mitchell*, at para. 36), the facts as she found them do not meet the continuity requirement necessary to establish an Aboriginal right.

[136] Continuity cannot be established simply because there is evidence that “the land was not forgotten” in the minds of the Lakes Tribe members. This is not, and cannot be, the standard. Even if the fact that

souligné la création de la frontière internationale par le Traité de l’Oregon de 1846 ainsi que l’interdiction de chasser imposée par la loi britanno-colombienne intitulée *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C. c. 22 (« *Acte de 1896* »). D’après la juge de première instance, les Sinixt ont continué de chasser en Colombie-Britannique jusque dans les années 1930 malgré l’adoption de l’*Acte de 1896*. Par conséquent, on ne saurait dire que cette loi a empêché les Sinixt de chasser. Même si on acceptait que c’était le cas, rien n’explique l’absence de la Lakes Tribe de la province pendant près de 30 ans — de 1982, lorsque les droits ancestraux existants ont été constitutionnalisés par la *Loi constitutionnelle de 1982*, jusqu’en 2010, lorsque M. Desautel s’est rendu en Colombie-Britannique pour tirer sur un wapiti femelle et lancer la présente cause type.

[134] En clair, il n’existe aucune preuve directe entre 1930 et 1982, et entre 1982 et 2010, que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse sur ce territoire. Il ne s’agit pas d’une affaire où la Lakes Tribe ne pouvait fournir une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux »; en fait, les membres de la Lakes Tribe n’ont pas chassé, et encore moins exercé des activités saisonnières, en Colombie-Britannique après 1930.

[135] Je suis d’avis que la juge de première instance a commis une erreur révisable en concluant que la continuité n’avait pas été rompue et que M. Desautel avait établi l’existence d’un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique. Bien que les conclusions de fait de la juge de première instance commandent la retenue puisque l’évaluation de la preuve dans des revendications de droits ancestraux « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée » (*Mitchell*, par. 36), les faits qu’elle a constatés ne satisfont pas à l’exigence de continuité nécessaire pour établir un droit ancestral.

[136] La continuité ne peut être établie du seul fait qu’il existe une preuve que [TRADUCTION] « la terre n’avait pas été oubliée » dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe. Il ne s’agit pas, et il ne peut s’agir

the Lakes Tribe engaged in some hunting practices in Washington State is considered, the evidence is inconclusive. Further, without an explanation as to its meaning, the evidence that Mr. Quintasket asked Dr. Kennedy about Lakes Tribe reserves in Canada simply has no legal significance or relevance. Given that the evidence of continuity is amorphous and imprecise in many respects, there was no basis upon which the trial judge could have drawn an inference of continuity. As the Court explained in *Mitchell*, at para. 39:

There is a boundary that must not be crossed between a sensitive application and a complete abandonment of the rules of evidence. As Binnie J. observed in the context of treaty rights, “[g]enerous rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14). In particular, the *Van der Peet* approach does not operate to amplify the cogency of evidence adduced in support of an aboriginal claim. Evidence advanced in support of aboriginal claims, like the evidence offered in any case, can run the gamut of cogency from the highly compelling to the highly dubious. Claims must still be established on the basis of persuasive evidence demonstrating their validity on the balance of probabilities. Placing “due weight” on the aboriginal perspective, or ensuring its supporting evidence an “equal footing” with more familiar forms of evidence, means precisely what these phrases suggest: equal and due treatment. While the evidence presented by aboriginal claimants should not be undervalued “simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case” (*Van der Peet*, *supra*, at para. 68), neither should it be artificially strained to carry more weight than it can reasonably support. If this is an obvious proposition, it must nonetheless be stated. [Emphasis in original; text in brackets in original.]

[137] Given the Lakes Tribe’s lengthy and unaccounted-for absence from British Columbia between 1930 and 2010, continuity is not made out. A single shot cannot create the Lakes Tribe’s

de la norme à appliquer. Même si l’on tient compte du fait que les membres de la Lakes Tribe ont pratiqué la chasse dans l’État de Washington, la preuve n’est pas concluante. De plus, en l’absence d’une explication quant à sa signification, la preuve que M. Quintasket a interrogé M^{me} Kennedy au sujet des réserves de la Lakes Tribe au Canada n’a tout simplement aucune importance ni pertinence juridique. Puisque la preuve de la continuité est nébuleuse et vague à de nombreux égards, rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Mitchell*, au par. 39 :

Il y a une limite à ne pas franchir entre l’application éclairée des règles de preuve et l’abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i] ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l’arrêt *Van der Peet* n’a pas pour effet d’augmenter la force probante de la preuve soumise à l’appui d’une revendication autochtone. La preuve à l’appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n’importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu’il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s’assurer que la preuve à l’appui de ce point de vue est placée sur un « pied d’égalité » avec les types de preuve plus familiers, c’est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu’elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet*, précité, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l’énoncer. [Souligné dans l’original; texte entre crochets dans l’original.]

[137] Étant donné l’absence prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n’est pas établie. Un seul tir ne peut avoir pour effet de donner

modern exercise of the right. In the absence of even minimally cogent evidence, this conclusion seems inescapable.

[138] Therefore, even if the Lakes Tribe were found to be part of the “aboriginal peoples of Canada”, the lack of continuity would be fatal to Mr. Desautel’s claim for a constitutionally-protected s. 35(1) Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the Lakes Tribe’s traditional territory in British Columbia. I would allow the appeal on this alternative basis as well.

D. *Common Law Aboriginal Rights*

[139] It is well established that “s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law” (*Van der Peet*, at para. 28), subject to the exceptions of sovereign incompatibility, surrender, and extinguishment (*Mitchell*, at para. 10). However, this Court has not previously considered the effect of s. 35(1) on the common law rights of an Aboriginal group located outside of Canada. Until now, this Court has only ever considered s. 35(1) in relation to claimants who were indisputably “aboriginal peoples of Canada”.

[140] The above reasons should not be taken as meaning that an Aboriginal collective located outside of Canada that is found not to be part of the “aboriginal peoples of Canada”, such as the Lakes Tribe, is foreclosed from establishing common law Aboriginal rights in Canada. However, I find it unnecessary to decide this issue in this case. Mr. Desautel did not assert that he had a common law Aboriginal right to hunt. Indeed, he resisted this notion for a number of reasons, one being that a common law right would not have exempted him from the *Wildlife Act* provisions at issue. Therefore, I consider it unnecessary to determine whether Mr. Desautel holds a common law Aboriginal right to hunt in British Columbia, and I leave the question of whether the common law continues to protect

naissance à l’exercice contemporain de ce droit par la Lakes Tribe. En l’absence d’une preuve même minimalement convaincante, cette conclusion semble inévitable.

[138] Par conséquent, même si l’on concluait que la Lakes Tribe faisait partie des « peuples autochtones du Canada », l’absence de continuité serait fatale à la revendication de M. Desautel d’un droit ancestral — protégé constitutionnellement au par. 35(1) — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique. J’accueillerais le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

D. *Droits ancestraux en common law*

[139] Il est bien établi que « le par. 35(1) n’a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law » (*Van der Peet*, par. 28), sous réserve des exceptions relatives à l’incompatibilité avec l’affirmation de la souveraineté, à la cession et à l’extinction (*Mitchell*, par. 10). Toutefois, notre Cour n’a pas examiné auparavant l’effet du par. 35(1) sur les droits en common law d’un groupe autochtone habitant à l’extérieur du Canada. Jusqu’à présent, notre Cour n’a examiné le par. 35(1) qu’à l’égard de demandeurs qui faisaient partie sans conteste des « peuples autochtones du Canada ».

[140] Les motifs exposés ci-dessus ne devraient pas être interprétés comme signifiant qu’une collectivité autochtone hors du Canada qui n’est pas considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada », telle la Lakes Tribe, ne peut établir des droits ancestraux en common law au Canada. Toutefois, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce. Monsieur Desautel n’a pas affirmé détenir un droit ancestral de chasse reconnu en common law. En effet, il s’est opposé à cette idée pour plusieurs raisons, dont le fait qu’un droit en common law ne l’aurait pas soustrait à l’application des dispositions de la *Wildlife Act* en cause. Par conséquent, je considère qu’il n’est pas nécessaire de décider si M. Desautel est titulaire d’un droit ancestral de chasse reconnu en common

Aboriginal rights not constitutionalized by the enactment of s. 35(1) for another day.

IV. Conclusion

[141] In summary, I would find that the expression “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) means present-day Aboriginal peoples who are located in Canada, and I would allow the appeal for that reason. But even if this was not the case, Mr. Desautel cannot establish that he was exercising a s. 35(1) Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as he has failed to establish reasonable continuity between the pre-contact practice, custom or tradition and the contemporary claim. I would therefore allow the appeal on this alternative basis as well.

[142] I would allow the Crown’s appeal and answer the constitutional question in the negative. As a result, Mr. Desautel should not be exempt from the *Wildlife Act* provisions under which he was charged. I would enter a verdict of guilty on both counts of hunting without a licence contrary to s. 11(1) of the *Act* and hunting big game while not being a resident contrary to s. 47(a) of the *Act*, and remit the matter to the trial court for sentencing.

The following are the reasons delivered by

[143] MOLDAVER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Rowe and Côté JJ. For the purposes of this appeal, I am prepared to assume, without finally deciding, that Rowe J. is correct in holding that, as a member of an Aboriginal collective located outside Canada, Mr. Desautel is entitled to claim the constitutional protection provided by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I nevertheless agree with Côté J., for the

law en Colombie-Britannique; la question de savoir si la common law continue de protéger les droits ancestraux qui n’ont pas été constitutionnalisés par l’adoption du par. 35(1) sera examinée à une autre occasion.

IV. Conclusion

[141] En somme, je serais d’avis de conclure que l’expression « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1) s’entend des peuples autochtones d’aujourd’hui qui habitent au Canada, et j’accueillerais le pourvoi pour ce motif. Mais même si l’expression avait une portée plus englobante, M. Desautel ne peut établir qu’il exerçait, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, puisqu’il n’a pas réussi à prouver qu’il y a une continuité raisonnable entre la pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens et le droit contemporain revendiqué. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

[142] Je ferais droit au pourvoi de la Couronne et je répondrais à la question constitutionnelle par la négative. Par conséquent, M. Desautel ne devrait pas être soustrait à l’application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Je rendrais, à l’endroit de M. Desautel, un verdict de culpabilité pour les deux chefs d’accusation de chasse sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, et de chasse du gros gibier alors qu’il n’était pas résident, en contravention de l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*, et je renverrais l’affaire au tribunal de première instance pour qu’il détermine la peine.

Version française des motifs rendus par

[143] LE JUGE MOLDAVER (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Rowe et Côté. Pour les besoins du présent pourvoi, je suis prêt à supposer, sans trancher la question de manière définitive, que le juge Rowe a raison de statuer qu’en tant que membre d’une communauté autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada, M. Desautel peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de*

reasons she has expressed, that Mr. Desautel has not met his onus of establishing the continuity element of his claim, under the test for Aboriginal rights pursuant to *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. Accordingly, I would allow the appeal on that basis and impose the same remedy as Côté J.

Appeal dismissed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory: Attorney General of the Yukon Territory, Whitehorse.

Solicitor for the intervener the Peskotomuhkati Nation: Paul Williams, Ohsweken, Ont.

1982. Je conviens néanmoins avec la juge Côté, pour les motifs qu'elle a exposés, que M. Desautel ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir l'élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'imposer la même mesure de redressement que la juge Côté.

Pourvoi rejeté, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon : Procureur général du Territoire du Yukon, Whitehorse.

Procureur de l'intervenante la Nation Peskotomuhkati : Paul Williams, Ohsweken (Ont).

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: First Peoples Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada : First Peoples Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Whitecap Dakota First Nation: Gowling WLG (Canada), Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Whitecap Dakota First Nation : Gowling WLG (Canada), Vancouver.

Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie : Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Okanagan Nation Alliance: Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Okanagan Nation Alliance : Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Que.

Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke (Qc).

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Métis National Council and the Manitoba Metis Federation Inc.: Hodgson-Smith Law, Saskatoon.

Procureurs des intervenants le Ralliement national des Métis et la Fédération Métisse du Manitoba : Hodgson-Smith Law, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Nuchatlaht First Nation: Jack Woodward, Q.C., Campbell River, B.C.

Procureur de l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht : Jack Woodward, c.r., Campbell River (C.-B.).

Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Lummi Nation: DGW Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Lummi Nation : DGW Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Métis Nation British Columbia: Cassels Brock & Blackwell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Métis Nation British Columbia : Cassels Brock & Blackwell, Vancouver.